

Die unwiderrufliche Vollmacht, ihre Stellung in der allgemeinen Rechtslehre und in ausgewählten positiven Rechtsordnungen

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
THOMAS REINHART
von Winterthur ZH

Genehmigt auf Antrag der Herren
Prof. Dr. Hans Peter und Prof. Dr. Hans Nef

Zürich 1981
Zentralstelle der Studentenschaft



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507219_0039

Die unwiderrufliche Vollmacht, ihre Stellung in der allgemeinen Rechtslehre und in ausgewählten positiven Rechtsordnungen

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
THOMAS REINHART
von Winterthur ZH

Genehmigt auf Antrag der Herren
Prof. Dr. Hans Peter und Prof. Dr. Hans Nef

Zürich 1981
Zentralstelle der Studentenschaft

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 10. Dezember 1980

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen in der Reihe

Zürcher Studien zum Privatrecht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von H. Peter und H. Nef

© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1981
Druck: Zentralstelle der Studentenschaft Zürich



I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

	Seite
Literaturverzeichnis	VI
1. ALLGEMEINE THEORETISCHE GRUNDLAGEN	1
1.1. Begriff und Funktion der Vertretung	1
1.1.1. Allgemeiner Tatbestand der Vertretung	1
1.1.1.1. Methodische Vorbemerkungen	1
1.1.1.2. Begriff der Vertretung	5
1.1.1.3. Diskussion weiterer Definitionen der Vertretung	10
1.1.1.3.1. Empirische Definition	10
1.1.1.3.2. Vertretung als Sonderfall des Rechtsgeschäfts	11
1.1.1.3.3. Privatwillkürliche Begründung	15
1.1.1.3.4. Mittelbare Stellvertretung	20
1.1.1.4. Dialektik des Vertretungsbegriffs	21
1.1.1.4.1. Allgemeines	21
1.1.1.4.2. Auswirkungen der beiden Ansatzpunkte	21
1.1.1.4.3. Unhaltbarkeit der Antinomie	23
1.1.1.5. Zusammenfassung	24
1.1.2. Funktionen der Vertretung	26
1.1.2.1. Allgemeines	26
1.1.2.2. Vertretung im Interesse des Prinzipals: Organisatorische Funktion	28
1.1.2.3. Im Interesse des Vertreters: Gestaltende Funktion	31
1.1.2.4. Im Interesse Dritter: Schutzfunktion	35
1.1.2.4.1. Allgemeines	35
1.1.2.4.2. Geschäftsherrenhaftung	38
1.1.2.4.3. Anscheinsvollmacht	41
1.1.2.5. Konkurrenz verschiedener Funktionen	49
1.2. Vollmacht	51
1.2.1. Vertretungsmacht (Vollmacht i.w.S.)	51
1.2.1.1. Begriff	51
1.2.1.2. Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis	52

1.2.1.3. Kritik des Begriffs der Vertretungs- macht	53
1.2.2. Vollmacht i.e.S.	55
1.2.2.1. Begriff	55
1.2.2.2. Rechtsfolgen der Bevollmächtigung	58
1.2.2.2.1. Vollmacht des Vertreters	58
1.2.2.2.2. Vollmacht und Vertretungsmacht	60
1.2.2.3. Bevollmächtigung als Rechtsge- schäft	61
1.2.2.4. Bevollmächtigung als abstraktes Rechtsgeschäft	66
1.2.2.5. Dauer der Wirkungen der Bevoll- mächtigung	68
1.2.2.5.1. Bevollmächtigung als einmalige Willensäußerung	68
1.2.2.5.2. Bevollmächtigung und Genehmigung	71
1.2.2.5.3. Widerruf der Bevollmächtigung (im weitesten Sinne)	75
1.2.2.5.3.1. Der Widerruf im allgemeinen	75
1.2.2.5.3.2. Der Widerruf als Rechtsgeschäft	76
1.2.2.5.3.3. Allgemeingültigkeit des Wider- rufs als Begriff?	77
1.2.2.5.3.4. Widerruf der Bevollmächtigung	78
1.2.2.5.3.5. Subjekte des Widerrufs	79
1.2.3. Funktion der Bevollmächtigung	83
2. UNWIDERRUFLICHE BEVOLLMAECHTIGUNG	86
2.1. Begriff	86
2.1.1. Unzuständigkeit	86
2.1.1.1. Begriff	86
2.1.1.1.1. Abgrenzung von der Vertretung	86
2.1.1.1.2. Allgemeingültigkeit	87
2.1.1.1.3. Verdrängende Vertretung als Beispiel	88
2.1.1.2. Anknüpfung der Unzuständigkeit	89
2.1.1.2.1. Allgemeines	89
2.1.1.2.2. Unzuständigkeit bei Rechtsge- schäften	92

2.1.1.2.3. Rechtsgeschäftliche Begründung der Unzuständigkeit	93
2.1.1.3. Funktionen der Unzuständigkeit	95
2.1.1.3.1. Allgemeines	95
2.1.1.3.2. Unzuständigkeit im Interesse des Betroffenen	96
2.1.1.3.3. Unzuständigkeit entgegen den In- teressen des Subjekts der Rechts- folgen	99
2.1.2. Unzuständigkeit beim Widerruf	101
2.1.2.1. Absolute Unzuständigkeit	101
2.1.2.1.1. Begriff	101
2.1.2.1.2. Möglichkeit absoluter Unwider- ruflichkeit	102
2.1.2.2. Relative Unzuständigkeit beim Wider- ruf	104
2.1.3. Unzuständigkeit zum Widerruf der Bevoll- mächtigung	105
2.1.3.1. Absolute Unzuständigkeit	105
2.1.3.2. Relative Unwiderrieflichkeit der Bevollmächtigung	105
2.2. Funktionen der unwiderruflichen Bevollmächtigung	107
2.2.1. Absolut unwiderrufliche Bevollmächtigung	107
2.2.2. Relativ unwiderrufliche Bevollmächtigung	108
2.2.2.1. Unzuständigkeit bei Selbstver- antwortung	108
2.2.2.2. Unzuständigkeit bei contrarius actus	109
2.2.2.2.1. Allgemeines	109
2.2.2.2.2. Unwiderrieflichkeit der Bevoll- mächtigung im Interesse des Prin- zipals	110
2.2.2.2.3. Unwiderrieflichkeit der Bevoll- mächtigung im Interesse des Ver- treeters	110
2.2.2.2.4. Unwiderrieflichkeit der Bevoll- mächtigung im Interesse Dritter	111
2.2.2.3. Unzuständigkeit beim Verzicht	113
3. RECHTSVERGLEICHUNG	116
3.1. Gegenstand der Untersuchung	116

3.2. Geschichtlicher Ueberblick	119
3.2.1. Einleitung	119
3.2.2. Vorrömische Rechte	119
3.2.3. Römisches Recht	122
3.2.3.1. Allgemeines	122
3.2.3.2. Vertretung in organisatorischer Funktion	122
3.2.3.3. Vertretung in Schutzfunktion	126
3.2.3.4. Gestaltende Funktion der Vertretung	129
3.3. Vergleichung moderner Rechte	138
3.3.1. Allgemeines	138
3.3.2. Angelsächsischer Rechtskreis: Common law	140
3.3.2.1. Amerikanisches Recht (USA)	140
3.3.2.1.1. Grundsatz der Widerruflichkeit	140
3.3.2.1.2. Widerruflichkeit als zwingendes Recht	141
3.3.2.1.3. Ausnahmsweise Unw Widerruflichkeit	142
3.3.2.1.4. Power given as security	144
3.3.2.1.5. Lehre und Praxis	152
3.3.2.1.6. Verdrängende Wirkung der unwiderruflichen Bevollmächtigung	155
3.3.2.1.7. Zusammenfassung	157
3.3.2.2. Englisches Recht	159
3.3.2.2.1. Allgemeines	159
3.3.2.2.2. Grundsatz der Widerruflichkeit	160
3.3.2.2.3. Ausnahme der Unw Widerruflichkeit	160
3.3.2.2.4. Verdrängende Wirkung der unwiderruflichen Bevollmächtigung	165
3.3.2.2.5. Zusammenfassung	166
3.3.3. Romanischer Rechtskreis	167
3.3.3.1. Italienisches Recht	167
3.3.3.1.1. Allgemeines	167
3.3.3.1.2. Vertretungsbegriff des italienischen Rechts	168
3.3.3.1.2.1. Nach dem Codice Civile (cci)	168

3.3.3.1.2.2. Nach herrschender Lehre	171
3.3.3.1.3. Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung	176
3.3.3.1.4. Verdrängende Wirkung der unwiderruflichen Bevollmächtigung	179
3.3.3.1.5. Zusammenfassung	179
3.3.3.2. Französisches Recht	180
3.3.3.2.1. Grundsatz der Widerruflichkeit	180
3.3.3.2.2. Ausnahmsweise Unwiderruflichkeit	181
3.3.3.2.3. Umfang und verdrängende Wirkung der Bevollmächtigung	184
3.3.3.2.4. Zusammenfassung	188
3.3.4. Deutscher Rechtskreis	189
3.3.4.1. Deutsches Recht	189
3.3.4.1.1. Allgemeines	189
3.3.4.1.2. Begründung der unwiderruflichen Vollmacht	190
3.3.4.1.3. Einschränkung der Funktion	198
3.3.4.1.4. Widerruflichkeit aus wichtigen Gründen	202
3.3.4.1.5. Umfang und verdrängende Wirkung der unwiderruflichen Bevollmächtigung	204
3.3.4.1.6. Zusammenfassung	206
3.3.4.2. Kurzer Ueberblick über das österreichische Recht	207
3.3.4.3. Schweizerisches Recht	208
3.3.4.3.1. Gesetzestext	208
3.3.4.3.2. Herrschende Lehre	208
3.3.4.3.3. Notwendigkeit einer unwiderruflichen Bevollmächtigung?	211
3.3.4.3.4. Zusammenfassung	215

Literaturverzeichnis

- Anson/Guest Anson's Law of Contract, bearbeitet von A.G. Guest,
24. A. Oxford 1975.
- Avni Hüseyin Avni, L'extinction du pouvoir de représentation et les effets qui en découlent, Diss. Genève 1934.
- Becker H. Becker, Berner Kommentar zum OR, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen,
2. A. Bern 1941.
- Betti Emilio Betti, Teoria generale del negozio giuridico,
2. A. Torino 1950.
- Binder Julius Binder, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 46 (1905), S. 370-392 (Besprechung zu Schlossmann),
Tübingen 1905.
- Buckland/Mc Nair/
Lawson W.W. Buckland, Arnold Mc Nair, F.H. Lawson, Roman Law and Common Law,
2. A. Cambridge 1952, ergänzter Nachdruck 1965.
- Bucher Eugen Bucher, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Habil. Zürich,
Tübingen 1965.
- Bucher, OR Eugen Bucher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts,
Zürich 1979.
- Burckhardt Walther Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft,
2. A. Zürich 1944, Neudruck Zürich 1971.
- Burckhardt
Methode Walther Burckhardt, Methode und System des Rechts,
Zürich 1936.
- von Büren Bruno von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil,
Zürich 1964.
- Carbonnier Jean Carbonnier, Droit Civil, 2. Bd.: Les Biens et les Obligations,
5. A. Paris 1967.

- Cariota-Ferrara Luigi Cariota-Ferrara, Il negozio giuridico nel diritto privato italiano, Napoli 1948, Neudruck Napoli 1956.
- Cheshire/Fifoot/
Furmston G.C. Cheshire, C.H.S. Fifoot, M.P. Furmston, The Law of Contract, 8. A. London 1972.
- Colin/Capitant/
Julliot Ambroise Colin, Henri Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, Bd. 2, 10. A. von Léon Julliot de la Morandière, 10. A. Paris 1948.
- Corbesco Dan Corbesco, De la représentation dans les actes juridiques et principalement dans les contrats, Diss. Paris 1912.
- Cuq Edouard Cuq, Etudes sur le droit babylonien, les lois assyriennes et les lois hittites, Paris 1929.
- Danuser Martin Danuser, Die Anscheinsvollmacht, Diss. Bern 1975.
- Dikoff L. Dikoff, Procuration irrévocable, in: Revue Critique de Législation et de Jurisprudence, Bd. 72 (NF 52) (1932), S. 37-64, Paris 1932.
- Engel Pierre Engel, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, Neuchâtel 1973.
- Enneccerus/
Nipperdey Ludwig Enneccerus, Hans Carl Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. A. Tübingen 1959-1960.
- Erb Felix Erb, Die Bankvollmacht, Diss. Freiburg 1974 (Druckort Zürich).
- Esser/Schmidt Josef Esser, Eike Schmidt, Schuldrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, 5. A. Karlsruhe 1975/1976.
- Ferid Murad Ferid, Das Französische Zivilrecht, 1. Bd.: Allgemeine Lehren - Recht der Schuldverhältnisse, Frankfurt a.M./Berlin 1971.
- Ferson Merton L. Ferson, Principles of Agency, Brooklyn 1954.

- Flume Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Das Rechtsgeschäft, 3. A. Berlin/Heidelberg/New York 1979.
- Fridman G.H.L. Fridman, The Law of Agency, London 1960.
- Gauch/Schluep/
 Jäggi Peter Gauch, Walter R. Schluep, Peter Jäggi, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Skriptum, Zürich 1977 (Nachdruck 1978).
- Gautschi Georg Gautschi, Berner Kommentar zum OR, 2. Abt. 4. Teilband: Der einfache Auftrag, 2. A. Bern 1971.
- Guhl Theo Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. A. bearbeitet von Hans Merz und Max Kummer, Bern 1972.
- Gysin Arnold Gysin, Rechtsphilosophie und Grundlagen des Privatrechts, Frankfurt a.M. 1969.
- Hanbury Harold G. Hanbury, Principles of Agency, 2. A. London 1960.
- Hellmann Friedrich Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften, München 1882.
- Herzog Isaac Herzog, The Main Institutions of Jewish Law, Bd. 2: The Law of Obligations, 2. A. London/New York 1967.
- Hodler Ernst Hodler, Der Widerruf nach schweizerischem Obligationenrecht verglichen mit dem deutschen Recht, Diss. Bern 1909.
- Hölder Eduard Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des BGB, München 1900.
- Hupka Josef Hupka, Die Vollmacht, Leipzig 1900.
- Jhering, gesammelte Aufsätze Rudolf von Jhering, Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 3 Bde., Jena 1881-1886.

- Jhering (1857) Rudolf von Jhering, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 1 (Jena 1857) S. 273-350, wieder abgedruckt in: Jhering, gesammelte Aufsätze, Bd. 1, S. 122-188.
- Jhering (1858) Rudolf von Jhering, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 2 (Jena 1858) S. 67-180, wieder abgedruckt in: Jhering, gesammelte Aufsätze, Bd. 1, S. 189-290.
- Jhering (1871) Rudolf von Jhering, Passive Wirkungen des Rechts, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 10 (Jena 1871) S. 387-580, wieder abgedruckt in: Jhering, gesammelte Aufsätze, Bd. 3, S. 178-351.
- Jörs/Kunkel/
Wenger Paul Jörs, Wolfgang Kunkel, Leopold Wenger, Römisches Recht: Römisches Privatrecht, Abriss des römischen Zivilprozessrechts, 3. A. Berlin/Göttingen/Heidelberg 1949, Nachdruck Berlin/Heidelberg/New York 1978.
- Kant Immanuel Kant, Kritik der reinen Vernunft, 2. A. Riga 1787. Herausgegeben und eingeleitet von August Messer, Berlin 1928 (Verlag Knauer).
- Kant, praktische Vernunft Immanuel Kant, Kritik der praktischen Vernunft, Riga 1788. Herausgegeben von Benzion Kellermann (Gesammelte Werke Bd. 5), Berlin 1922 (Verlag Bruno Cassirer).
- Kaser I und II Max Kaser, Das Römische Privatrecht, 2 Bde., 2. A. München 1971/1975.
- Klang/ ... (je-
weiliger Bear-
beiter) Kommentar zum ABGB, 2. A. herausgegeben von Heinrich Klang und Franz Gschnitzer; § 1002 ff. (Bevollmächtigungsvertrag) bearbeitet von Gustav Stanzl, 2. A. Wien 1968.
- Kohler Josef Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Berlin 1906.

- Koziol/Welser Helmut Koziol, Rudolf Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 5. A. Wien 1979.
- Laband Paul Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem ADHGB, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 10 (Erlangen 1866), S. 183 ff.
- Larenz Karl Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 4. A. München 1977.
- Larenz, Schuldrecht Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Bd: Allgemeiner Teil, 11. A. München 1976.
- Lenel Otto Lenel, Stellvertretung und Vollmacht, in: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 36 (Jena 1896), S. 1 ff.
- Lenel II Otto Lenel, Handeln in fremdem Namen und die actiones adiecticae qualitatis, in: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 36 (Jena 1896), S. 131 ff.
- Lenel, Palingenesia I und II Otto Lenel, Palingenesia iuris civilis, 2 Bde., Leipzig 1889, Neudruck Graz 1960.
- Leonhard Franz Leonhard, Vertretung und Fremdwirkung, in: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 86 (NF 36) (Jena 1936), S. 1 ff.
- Madray Gilbert Madray, Essai d'une théorie générale de la représentation en droit privé français, Diss. Bordeaux 1931 (Druckort Paris).
- Mazeaud Henri Mazeaud, Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, Leçons de Droit Civil, Tome Deuxième par Michel de Juglart, 1. Bd.: Obligations, Théorie Générale, 5. A. Paris 1973.
- Mazeaud, Contrats Henri Mazeaud, Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, Leçons de Droit Civil, Tome Troisième, Bd. 2: Principaux Contrats, 4. A. Paris 1974.
- Mechem Floyd R. Mechem, Treatise on the Law of Agency, 2 Bde., 2. A. Chicago 1914.

- Philip Mechem Philip Mechem, *Outlines of the Law of Agency*,
4. A. Chicago 1952.
- Meier-Hayoz Arthur Meier-Hayoz, Peter Forstmoser, *Grundriss
des schweizerischen Gesellschaftsrechts*,
2. A. Bern 1976.
- Messineo Francesco Messineo, *Il contratto in genere*,
1. Bd., verbesserter Neudruck Milano 1973.
- Mitteis Ludwig Mitteis, *Die Lehre von der Stellvertre-
tung*,
Wien 1885, Neudruck Aalen 1962.
- Müller Ulrich Müller, *Die Entwicklung der direkten
Stellvertretung und des Vertrags zugunsten Drit-
ter*,
Diss. Köln 1969 (Verlagsorte Stuttgart/Berlin/
Köln/Mainz).
- Müller-
Freienfels Wolfram Müller-Freienfels, *Die Vertretung beim
Rechtsgeschäft*,
Tübingen 1955.
- Müller-
Freienfels,
Agency Wolfram Müller-Freienfels, *The Law of Agency*, bei:
A.N. Yiannopoulos, *Civil Law in the modern world*,
Baton Rouge 1965, S. 77-127.
- Müller-
Freienfels Wolfram Müller-Freienfels, *Law of Agency in: The
AJCL 1957 American Journal of Comparative Law*, Bd. 6 (1957),
S. 165-188.
- Müller-
Freienfels Wolfram Müller-Freienfels, in: *The American Jour-
AJCL 1963 nal of Comparative Law*, Bd. 12 (1963), S. 272-
280.
- Müller-
Freienfels Wolfram Müller-Freienfels, *Legal Relations in
AJCL 1964 the Law of Agency and Commercial Certainty*, in:
The American Journal of Comparative Law, Bd. 13
(1964), S. 193-215 und S. 341-359.
- Neppi Vittorio Neppi, *La Rappresentanza*,
Milano 1961.
- Oertmann Paul Oertmann, *Kommentar zum BGB, Allgemeiner
Teil*,
3. A. Berlin 1927.
- Oftinger I, II Karl Oftinger, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*,
1 und 2 Bd. I 4. A. Zürich 1975,
Bd. II, 1. und 2. Halbbd. 3. A. Zürich 1970.

- Oser/Schönenberger Hugo Oser, Wilhelm Schönenberger, Zürcher Kommentar Band 5: Das Obligationenrecht (3 Teilbde.), 2. A. Zürich 1929/1936/1945.
- Palandt/ ... (je- Palandt, BGB,
weilliger Bear- 35. A. München 1976.
beiter)
- Parker Reginald Parker, Das Privatrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, Wien 1960.
- Peter Hans Peter, Römisches Recht und englisches Recht, Wiesbaden 1969.
- Planck Gottlieb Planck, Kommentar zum BGB, Bd. 1 (§ 1-240), bearbeitet von F. Flad, P. Knoke, O. Strecker, 4. A. Berlin 1913.
- Planiol/Ripert/ Marcel Planiol, Georges Ripert, Jean Boulanger,
Boulanger Traité de droit civil, Bd. 2: Obligations, droits réels, Paris 1957.
- Planiol/Ripert/ Marcel Planiol, Georges Ripert, Traité pratique
Esmein de droit civil français, Bd. 6: Obligations, par Paul Esmein. 2. A. Paris 1952.
- Planiol/Ripert/ Marcel Planiol, Georges Ripert, Traité pratique
Savatier de droit civil français, Bd. 11: Contrats civils, deuxième partie par André Rouast, Jean Lepargneur, René Savatier, André Besson; darin: Le Mandat bearbeitet von René Savatier, 2. A. Paris 1954.
- Popesco-Ramniceano René Popesco-Ramniceano, De la Représentation dans les Actes Juridiques en Droit Comparé, Diss. Paris 1927.
- Powell Raphael Powell, The law of agency, 2. A. London 1961.
- Prosser William L. Prosser, Handbook of the Law of Torts, 4. A. St. Paul 1971.
- Puchta Georg Friedrich Puchta, Pandekten, 8. A. von A. Rudorff, Leipzig 1856.

- Puchta
Institutionen Georg Friedrich Puchta, Cursus der Institutionen,
3 Bde.,
2. A. Leipzig 1845.
- Pugliatti Salvatore Pugliatti, Studi sulla rappresentanza,
Milano 1965.
- Rabel Ernst Rabel, Unwiderruflichkeit der Vollmacht,
in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und
internationales Privatrecht, Bd. 7 (1933)
S. 797-807, wieder abgedruckt in: Ernst Rabel,
Gesammelte Aufsätze, Bd. 2, S. 283 ff.,
Tübingen 1965.
- Reichel Hans Reichel, Höchstpersönliche Rechtsgeschäfte,
Berlin 1931.
- Restatement Restatement of the Law of Agency, 3 Bde.,
2. A. St.Paul 1955.
- Restatement
(Contracts) Restatement of the Law of Contracts, 2 Bde.,
St.Paul 1932.
- Saggese Francesco Saggese, La rappresentanza nella teoria
e nella pratica del diritto privato italiano,
Napoli 1933.
- Sallé de la Mar- Sallé de la Marnière, Le mandat irrévocable, in:
nière Revue Trimestrielle de Droit Civil, Bd. 36 (1937)
S. 241-280,
Paris 1937.
- Santoro- Francesco Santoro-Passarelli, Dottrine generali
Passarelli del diritto civile,
9. A. Napoli 1966.
- Savigny Friedrich Carl von Savigny, Das Obligationenrecht
als Teil des heutigen römischen Rechts, Bd. 2,
Berlin 1853.
- Savigny, System Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen
römischen Rechts, 8 Bde.,
Berlin 1840-1849.
- Schlossmann Siegmund Schlossmann, Die Lehre von der Stellver-
tretung, 2 Bde.,
Leipzig 1900/1902.
- Schnurrenberger Albert Schnurrenberger, Vollmacht und Grundver-
hältnis nach schweizerischem und deutschem Recht,
Diss. Basel (Maschinenschrift) 1969.

- Seavey Warren A. Seavey, Studies on agency, St.Paul 1949.
- Siber Heinrich Siber, Das Buchrechtsgeschäft nach Reichsgrundbuchrecht, Tübingen 1909.
- Simpson Laurence P. Simpson, Handbook of the Law of Contracts, 2. A. St.Paul 1965.
- Smith/Boyer Chester H. Smith, Ralph E. Boyer, Survey of the Law of Property, 2. A. St.Paul 1971.
- Soergel/ ... (je- Hs.Th. Soergel, W. Siebert, Kommentar zum BGB, weiliger Bear- Bd. 1: Allgemeiner Teil, beiter) 11. A. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1978.
- Staudinger/ ... J. von Staudingers Kommentar zum BGB, 1. Band: (jeweiliger Allgemeiner Teil, Bearbeiter) 11. A. Berlin 1977.
- Stolfi Mario Stolfi, La procura irrevocabile, in: Rivista di Diritto Civile, Bd. 26 (1933) S. 312-374, Milano 1933.
- Stoljår S.J. Stoljår, The Law of Agency, London 1961.
- Tedeschi Vittorio Tedeschi, Profilo dell'Agency nel diritto nordamericano, Milano 1961.
- Thiele Wolfgang Thiele in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1: Allgemeiner Teil, München 1978.
- von Tuhr Andreas von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 2. Hälfte, Leipzig 1918, Neudruck Berlin 1957.
- von Tuhr, Andreas von Tuhr, Die unwiderrufliche Vollmacht, Festschrift in: Festschrift Paul Laband, Tübingen 1908.
- von Tuhr/ ... Andreas von Tuhr, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 1, 1. und 2. (jeweiliger Lieferung bearbeitet von Hans Peter, Bd. 2 von Bearbeiter) Arnold Escher, 3. A. Zürich 1974/1979.

- Vogt Peter Vogt, Die unwiderrufliche Vollmacht,
Diss. Bonn 1961.
- Wenger Leopold Wenger, Die Stellvertretung im Rechte
der Papyri,
Leipzig 1906, Neudruck Aalen 1966.
- Wieland Carl Wieland, Das Sachenrecht des schweizeri-
schen ZGB, Zürcher Kommentar zum ZGB, Bd. IV,
Zürich 1909.
- Windscheid/Kipp Bernhard Windscheid, Theodor Kipp, Lehrbuch des
Pandektenrechts, 3 Bde.,
9. A. Frankfurt a.M. 1906, Neudruck Aalen 1963.
- Wolff Hans Julius Wolff, Organschaft und juristische
Person, Bd. 2: Theorie der Vertretung,
Berlin 1934, Neudruck Aalen 1968.
- Zikos Georg Zikos, Die Vollmacht nach schweizerischem
und griechischem Recht, Diss. Zürich 1966.
- Zweigert/Kötz Konrad Zweigert, Hein Kötz, Einführung in die
Rechtsvergleichung, 2 Bde.,
Tübingen 1969/1971.

1. ALLGEMEINE THEORETISCHE GRUNDLAGEN

1.1. Begriff und Funktion der Vertretung

1.1.1. Allgemeiner Tatbestand der Vertretung

1.1.1.1. Methodische Vorbemerkung

Es geht zunächst darum, einen möglichst umfassenden Begriff der Vertretung im vorpositivrechtlichen Sinne zu finden, der eine rechtsvergleichende Untersuchung ermöglicht.

Dazu stehen grundsätzlich zwei Methoden zur Wahl:

- Ich kann empirisch aus verschiedenen aus dem Leben gegriffenen Tatbeständen den Begriff der Vertretung herausdestillieren;¹
- oder ich kann zunächst a priori einen Begriff der Vertretung definieren² und anschliessend die einzelnen Tatbestände darunter subsumieren.

Die induktive Methode hat den Vorteil grösserer Lebensnähe, krankt jedoch an einer entscheidenden Schwäche: Sie ist logisch inkohärent. Wer sagt mir nämlich, aus w e l c h e n Tatbeständen ich die gemeinsamen Merkmale der Vertretung herauslesen soll? Doch nur ein implizierter Begriff, welche Tatbestände als "Vertretungstatbestände" gelten können.³

1 So insbesondere Madray S. 15-98.

2 So alle gängigen Lehrbücher; vgl. statt vieler im deutschen Rechtskreis: von Tuhr/Peter § 41 I; Larenz S. 508 f.; Müller-Freienfels S. 26-34; Schlossmann § 3-5; in Frankreich: Carbonnier No. 136 S. 457; Planiol/Ripert/Esmein No. 54 S. 60 f.; in Italien: Messineo S. 224 f.; Neppi S. 60; in England: Anson/Guest S. 571; Cheshire/Fifoot/Furmston S. 450; Powell S. 4-7; in den USA: Restatement § 1; Mechem I § 8; §§ 25 ff.

3 Typisch für diese Implikation: Madray S. 8: "... sans poser de formule a priori, nous voulons ... dire comment se présente d'une manière générale la représentation juridique ..., un point sur lequel tout le monde est d'accord."

Diesen Begriff kann ich seinerseits nicht a posteriori gewinnen; wenn ich aus den Erfahrungstatbeständen der Vertretung einen Begriff ableite, der mir angeben soll, welches diese Erfahrungstatbestände überhaupt sind, gerate ich in einen hoffnungslosen Zirkelschluss.

Allgemeingültige Begriffe müssen a priori gewonnen werden; induktive Abstraktion führt immer nur zu bedingt gültigen Begriffen.⁴

Jedem rechtssetzenden Organ stellen sich zwei Typen von Fragen:

- Wie sollen sich die Rechtsunterworfenen verhalten?
- Wie sind die materiellen Normen, die das Verhalten der Rechtsunterworfenen regeln, formallogisch korrekt aufzustellen?

Die Fragen des ersten Typs sind wertend im Sinne der Gerechtigkeit zu beantworten, die Fragen des zweiten Typs hingegen anhand logischer Schlüsse.

Da die Logik "gar nichts über den Inhalt der Erkenntnis lehrt, sondern nur bloss die formalen Bedingungen der Uebereinstimmung mit dem Verstande",⁵ ist sie ungeeignet, materielle Entscheidungen zu begründen oder gar die Gerechtigkeit als Gegenstand der Erkenntnis⁶ zu erfassen.

Dergleichen Versuche führen unweigerlich zu dialektischer Sophistik.⁷

Umgekehrt darf auch kein wertendes Argument in die logischen Deduktionen einfließen, mit denen der formale Aufbau des Rechts konstruiert werden soll; es gibt keine gerechte oder ungerechte Logik.

Auf dem Weg allgemeingültiger logischer Schlüsse können also nur Aussagen über das Verhältnis der materiellen Fragen zu-

⁴ Kant S. 31-33.

⁵ Kant S. 80.

⁶ Gysin S. 47.

⁷ Kant S. 78-80.

einander gewonnen werden, nicht über deren Inhalt. Diese Aussagen sind hypothetische Urteile⁸ des Inhalts:

Wenn - und nur wenn - diese materielle Frage in einem bestimmten Sinn beantwortet wird, dann stellt sich folgende materielle Frage ...

Den Antworten auf die materiellen Fragen entsprechen die juristischen "Begriffe ... als Prädicate möglicher Urtheile".⁹

Ein Begriff sagt nichts darüber aus, "wo er im geltenden Recht verwendet worden ist oder wo er de lege ferenda verwendet werden solle".¹⁰ Ob die einzelnen Begriffe verwendet werden sollen oder nicht, ergibt sich aus der wertenden Beantwortung der materiellen Fragen.

Allgemeingültig ist also niemals der Begriff an sich, sondern nur allenfalls die ihm zugrundeliegende Frage an das materielle Recht.¹¹ Wenn im folgenden von Allgemeingültigkeit eines Begriffes gesprochen wird, so ist damit immer die Allgemeingültigkeit der ihm zugrundeliegenden Frage gemeint.

Insbesondere bedeutet Allgemeingültigkeit des Vertretungsbegriffs nicht, dass die Institution der Vertretung a priori notwendig sei,¹² wohl aber, dass sich jeder Rechtsordnung die Frage stelle, ob die Vertretung im Sinne des allgemeingültigen Begriffs zuzulassen sei.

Die hypothetischen Urteile der formalen Rechtslogik lassen sich also auch wie folgt formulieren:

Wenn und nur wenn diese materielle Frage im Sinne jenes Begriffes entschieden wird, dann stellt sich folgende materielle Frage ...

8 Kant S. 88. Zu allen im folgenden erwähnten Urteilsarten: Kant S. 86 - 90.

9 Kant S. 85.

10 Burckhardt S. 7.

11 Burckhardt S. 6, 3. Absatz; vgl. auch Kant S. 394: "Denn die absolute Nothwendigkeit des Urtheils ist nur eine bedingte Nothwendigkeit der Sache, oder des Prädicats im Urtheile".

12 Vgl. Wolff S. 5.

Es sind zwei Arten solcher Fragen an das materielle Recht zu unterscheiden:

- Analytisch sind die Fragen, die sich aus der Beantwortung vorhergehender Fragen notwendig ergeben. Die Fragestellung betrifft nur die Erläuterung bereits bekannter Begriffe.
- Synthetisch sind die Fragen, die unabhängig von der Beantwortung anderer Fragen originär gestellt werden. Die Fragestellung betrifft hier neue Begriffe und nicht nur die logische Durchdringung bereits vorhandenen Stoffes.

Da jede Frage ein disjunktives Urteil ist,¹³ findet sich hier nichts als der allgemeine Gegensatz von analytischen und synthetischen Urteilen.¹⁴

Analytische Fragen sind dann allgemeingültig, wenn alle vorhergehenden, den verwendeten Begriffen entsprechenden Fragen ihrerseits allgemeingültig sind.

Es entsteht damit eine Hierarchie allgemeingültiger disjunktiver Urteile, die sich schematisch wie folgt darstellen lässt:

1. Entweder a oder b.
2. Entweder aa oder ab, oder ba oder bb.
3. Entweder aaa oder aab, aba oder abb; oder baa oder bab, oder bba oder bbb ... etc.

Dabei entsprechen die Buchstaben und Buchstabengruppen den einzelnen Begriffen und Unterbegriffen.

Unzulässig ist es, eine Frage im Sinne eines Begriffs zu beantworten, der seinerseits die Antwort auf eine Frage ist, die sich analytisch aus der ersten Frage ergibt. Im Sinne der obigen Aufstellung ausgedrückt: Die Antwort auf Frage Nr.1 ist der Begriff a, nicht der Begriff aa; denn die Frage nach dem Begriff aa setzt die Antwort auf Frage Nr. 1 voraus. Ein Begriff darf nicht aus seinem Unterbegriff definiert werden.

13 Der Form: "Entweder a oder b." Vgl. Kant S. 88 f.

14 Kant S. 36 - 39.

Für jedes Recht allgemeine Gültigkeit haben alle analytischen Fragen, die sich unmittelbar oder mittelbar aus dem Begriff des Rechts ergeben und nichts anderes bezwecken, als die Erläuterung und Verknüpfung der einzelnen Elemente dieses Begriffes. Dabei werde ich im folgenden, in Anlehnung an Walther Burckhardt, das Recht als abstrakte,¹⁵ erzwingbare¹⁶ Normierung äusserlichen menschlichen Verhaltens¹⁷ begreifen.

Synthetische Fragen sind hingegen nur dann allgemeingültig, wenn das entsprechende disjunktive Urteil zweifelsfrei ein synthetisches Urteil a priori ist.

Analytisch sind dann z.B. die Fragen, welche Verhaltensweisen zu normieren seien, wie das abstrakt geschehen könne, welche Menschen davon betroffen seien etc. Synthetisch ist z.B. die Frage, ob diese Normierung kodifiziert werden müsse; denn der Begriff der Kodifizierung ist im hier verwendeten Begriff des Rechts nicht enthalten.

1.1.1.2. Begriff der Vertretung

Ein nachweisbar allgemeingültiger Begriff der Vertretung ist also dann gefunden, wenn er einer analytisch aus dem Begriff des Rechts abgeleiteten Frage entspricht.

Da jede juristische Argumentation auf dem Instrument der Sprache beruht, ist es zudem sinnvoll, die Begriffsbestimmung möglichst dem allgemeinen Sprachgebrauch anzupassen.¹⁸

Eine ausführliche Darstellung des Sprachgebrauchs findet sich bei Schlossmann,¹⁹ auf dessen Abhandlung verwiesen sei.

Aus dem Sprachgebrauch ergibt sich als allgemeinste Umschrei-

15 Burckhardt S. 127, S. 256.

16 Burckhardt S. 128 f., S. 172 f.

17 Burckhardt S. 165.

18 Kant S. 243.

19 Schlossmann I § 3.

bung der Vertretung, dass der Vertreter dort auftritt, wo "eigentlich" ein anderer zu erwarten wäre.²⁰ Die Vertretung im Sinne des deutschen Sprachgebrauchs ist also eine Abweichung von einer vorausgesetzten Normalität, und zwar in bezug auf die auftretenden Subjekte. Da der Begriff der juristischen Vertretung gesucht ist, stellt sich nun die Frage: Wie ist das Auftreten der Subjekte im Recht "normalerweise" geregelt?

Das Recht als normative Ordnung verlangt "nicht die Befolgung aus innerer Zustimmung ..., sondern nur die 'äussere' Konformität, die Legalität des Verhaltens".²¹ Um diese sicherzustellen, werden dem konkreten Verhalten der Rechtssubjekte bestimmte Rechtsfolgen zugeordnet,²² die ihrerseits erzwingbar sind.²³

Diese Rechtsfolgen können in einer Aenderung der Rechtslage bestehen, oder auch in rein faktischen Belohnungen und Strafen.

Zur Erzwingbarkeit gehören konkretisierbare Rechtsfolgen²⁴ des Verhaltens der einzelnen Rechtssubjekte. Da die Legalität des Verhaltens nicht durchgehend unmittelbar erzwungen werden kann, lässt sich der mittelbare Zwang über die Zuordnung von Rechtsfolgen nicht umgehen.²⁵

-
- 20 Brockhaus, Enzyklopädie in 20 Bänden, (17.A. Wiesbaden, ergänzt bis 1976),
Band 19 (1974): S. 575: Vertretung siehe unter Stellvertreter.
Band 18 (1973): S. 79: "Stellvertreter, jeder, der für einen anderen handelt, und seine Angelegenheiten erledigt.."
Deutsches Wörterbuch von Jacob Grimm und Wilhelm Grimm, Band XII/1 (Leipzig 1956), S. 1992 zum Stichwort "vertreten": III 3) d) "mit persönlichem object, 'die vertretung eines andern übernehmen':... einen andern verträten, einis pflicht und ampt ausrichten FRISIUS 950 B ...".
Vgl. auch Mitteis S. 1.
- 21 Burckhardt S. 165; vgl. auch Wolff S. 134 und Kant, praktische Vernunft S. 162 f.
- 22 Burckhardt S. 247 f., S. 129.
- 23 Burckhardt S. 270 f.
- 24 Burckhardt S. 247 f.
- 25 Burckhardt S. 275.

Jedes Recht muss also in abstracto dem Verhalten der Rechtssubjekte bestimmte Rechtsfolgen zuordnen. Damit ist aber noch nichts darüber ausgesagt, w e s s e n Verhalten Rechtsfolgen bei w e m bewirkt. Insbesondere das Prinzip der Selbstverantwortung - dass Subjekt des Verhaltens und Subjekt der Rechtsfolge identisch sind - ist nicht apriorischer Natur,²⁶ sondern ein Ausfluss des durchaus zeitbedingten liberalen Menschenbildes. Wäre die Selbstverantwortung ein apriorischer Grundsatz des Rechts, so wäre per definitionem keine Ausnahme davon denkbar,²⁷ was durch die Tatsachen offensichtlich widerlegt wird: In nahezu allen bekannten Rechtsordnungen sind solche Ausnahmen nachweislich vorhanden²⁸ und somit auch denkbar.

Das Recht muss nicht einmal einen generellen Grundsatz der Zuordnung statuieren, sondern es kann sich mit einer kasuistischen Regelung von Fall zu Fall begnügen; es wäre z.B. denkbar, bei einem Kaufvertrag Selbstverantwortung, bei einem Ehevertrag aber Sippenhaftung anzunehmen: Die reine Logik widerspricht dem nicht.²⁹ Das Recht kann aber nicht umhin, irgendwie die Subjekte des rechtlich relevanten Verhaltens und der daraus folgenden Rechtsfolgen zu bestimmen: Zu einem Verhalten gehört begriffsnotwendig ein Subjekt, das dieses Verhalten zeigt; ein Verhalten ohne Subjekt ist ein Unding. Ebenso gehört zur Rechtsfolge auch jemand, der davon betroffen wird; eine "Rechtsfolge", die niemanden betrifft, ist nicht erzwingbar und folglich für die Durchsetzung des Rechts irrelevant.³⁰ Für jedes Recht ist es daher a priori notwendig, diese Subjekte zu bezeichnen.

26 A.M. Reichel, S. 3.

27 Kant S. 32 f.

28 Vgl. statt vieler OR 55; Fritz Schulz, Prinzipien des römischen Rechts (1934), S. 138 bei N. 89.

29 Vgl. Burckhardt S. 266.

30 S.O. S. 6.

Wie dies im Einzelfall geschehen soll, ist auf dem Wege formaler Logik nicht zu entscheiden: Welche Rechtsfolgen welchen Verhaltensweisen zugeordnet werden sollen, ist eine Frage rechtlicher Wertung, und das muss auch für die damit verbundene Bezeichnung der entsprechenden Subjekte gelten.

Versucht man diese Wertungen aus formallogischen Deduktionen abzuleiten, so gerät man in schillernde Dialektik.³¹

Die Logik kann aber zutreffende Aussagen darüber machen, wie die Wertungen korrekt zu formulieren seien.

Das Recht kann die Zuordnung entweder überall nach dem gleichen, universal gültigen Prinzip vornehmen, oder es kann verschiedene Lösungen zulassen.

Lässt es verschiedene Lösungen zu, so kann es entweder jeden generell-abstrakt zu regelnden Tatbestand anders behandeln, also kasuistisch vorgehen, oder es kann eine generelle Regel aufstellen und bei Bedürfnis Ausnahmen davon anordnen.

Diese Entscheide m ü s s e n von jedem Recht aufgrund einer Wertung gefällt werden. Die drei Möglichkeiten entsprechen den a priori gültigen Kategorien der Quantität: Allheit, Vielheit, Einheit.³² In Uebereinstimmung mit dem Sprachgebrauch³³ sei die Vertretung definiert als Ausnahme von einer generellen Regel der Zuordnung der Subjekte von Verhalten und Rechtsfolgen.³⁴ Damit wäre - mindestens in Umrissen - "die allgemeingültige Frage erkannt, auf die der Begriff sich bezieht",³⁵ und also ein allgemeingültiger, von empirischen Elementen freier Begriff der Vertretung gefunden.

Dieser noch vage Begriff ist im Folgenden zu präzisieren.

31 Kant, S. 78 - 80.

32 Kant, S. 92.

33 S.O. S. 5 f.

34 Vgl. Pugliatti S. 293 bei N. 75.

35 Burckhardt S. 6 am Ende.

Es lässt sich nämlich in logisch einwandfreier Weise näher bestimmen, w i e die generelle Regel beschaffen sein muss, von der die Vertretung die Ausnahme darstellt.

Da diese Regel als Rechtssatz abstrakt formuliert sein muss,³⁶ können keine konkreten Subjekte genannt werden. Somit kann auch nicht eines der Subjekte absolut festgelegt werden; die abstrakte Zuordnung hat notwendig relativen Charakter. Es geht also darum, abstrakt zu bestimmen, wie sich Subjekt des Verhaltens und Subjekt der Rechtsfolge relativ zueinander verhalten.

Wird diese Frage im Sinne der Identität beider Subjekte entschieden, so ist das Problem bereits endgültig gelöst.

Im gegenteiligen Fall, bei Statuierung der Nicht-Identität, muss zur eindeutigen Zuordnung noch ein weiteres Bestimmungselement hinzutreten; wenn ich nur weiss, dass die beiden Subjekte nicht identisch sind, weiss ich noch nicht, wie sie sich denn sonst zueinander verhalten.

Dies lässt sich aus den Begriffen von Verhalten und Rechtsfolge nicht entnehmen; Verhalten ebenso wie Rechtsfolge sagen nur etwas aus über ihre eigenen jeweiligen Subjekte, nichts aber über die gegenseitige Beziehung.

Die Zuordnung der Subjekte im Sinne der Nicht-Identität ist also nur dann eindeutig möglich, wenn zwischen den beiden Subjekten zusätzlich ein besonderes Verhältnis - z.B. Versippung - besteht, woraus das gesuchte Bestimmungselement ersichtlich ist. Dieses besondere Verhältnis kann wohl abstrakt bestimmt sein; es wird aber stets nur in einzelnen Fällen vorliegen. Ein genereller Grundsatz gilt aber immer, wenn keine Ausnahme statuiert ist, und muss daher geeignet sein, alle denkbaren Fälle zu erfassen.

Die Zuordnung aufgrund eines besonderen Verhältnisses ist daher ungeeignet, als genereller Grundsatz aufgestellt zu werden.

³⁶ Burckhardt S. 266 f.

Wenn die Zuordnung generell geregelt werden soll, kann dies folglich nur im Sinne der Identität der Subjekte von Verhalten und Rechtsfolge - d.h. im Sinne der Selbstverantwortung geschehen.³⁷

Die Vertretung ist daher zu definieren als Abweichung vom generellen Grundsatz der Selbstverantwortung, bestehend in einer Diskrepanz von Subjekt eines rechtlich wirksamen Verhaltens und Subjekt daraus entspringender Rechtsfolgen. Dabei sei das Subjekt des Verhaltens Vertreter genannt, das Subjekt der Rechtsfolgen Vertretener oder Prinzipal.

1.1.1.3. Diskussion weiterer Definitionen der Vertretung

1.1.1.3.1. Empirische Definitionen

Viele gängige Definitionen der Vertretung sind aus einer Generalisation positiv-rechtlicher Bestimmungen entstanden. Dazu gehören unter anderem all die subtilen Abgrenzungen der Vertretung von Botenschaft, Treuhand, Vertrag zugunsten eines Dritten etc.

Am weitesten verbreitet ist die Definition der Vertretung als Handeln in fremdem Namen. Sie ist von Müller-Freienfels³⁸ in abschliessender Weise widerlegt worden und kann m.E. nicht wieder zum Leben erweckt werden.

Wie gut aber eine derartige Definition auch immer geeignet sein mag, um ein vorgefundenes positives Recht begrifflich aufzuarbeiten, so unbrauchbar ist sie für die hier verfolgten Zwecke.

Auch die beste empirische Definition ist in ihrer Geltung

37 Dies stimmt mit der empirischen Erkenntnis überein, dass keine der bekannten Rechtsordnungen von einem Grundsatz der "Fremdverantwortung" ausgegangen ist oder ausgeht; s.u. S. 116-216.

38 Müller-Freienfels S. 17 ff. mit umfassender Dokumentation; vgl. schon früher Schlossmann I §§ 11-18 (S.115 ff.).

auf die Erfahrungen begrenzt, aus denen sie geschöpft wurde, und ist daher nicht geeignet, als vorpositivrechtlicher Begriff einer rechtsvergleichenden Untersuchung zugrundezuliegen.

1.1.1.3.2. Vertretung als Sonderfall des Rechtsgeschäfts

Die meisten Autoren des Civil law sprechen von der Vertretung als Sonderfall des Rechtsgeschäfts.³⁹ Das mag zum Teil von der Legaldefinition des § 164 BGB herrühren, zum Teil auch wohl davon, dass viele Kodifikationen keinen "Allgemeinen Teil" kennen und daher die Vertretung von vornherein als Teil des Obligationenrechts behandeln.⁴⁰

Müller-Freienfels begründet diese Auffassung mit der "speziellen Problemlage der Vertretung beim Rechtsgeschäft".⁴¹ Wenn diese Einschränkung allgemeingültig sein soll, muss das bedeuten, dass sich die Frage nach der Vertretung nur beim Rechtsgeschäft stellt: Dann wäre die Vertretung tatsächlich ein Unterfall des Rechtsgeschäfts. Voraussetzung dazu ist, dass sich die Frage nach der Zuordnung der Subjekte beim Rechtsgeschäft notwendigerweise anders stellt als im Gebiet des übrigen Rechts.⁴² Dies zu widerlegen, ist das Ziel der folgenden Ausführungen.

39 Z.B.: In der Schweiz: von Tuhr/Peter § 41 nach N. 31; Becker vor Art. 32 N. 1; Oser/Schönenberger vor Art. 32 N. 14.
In Deutschland: Flume § 43 I Satz 1; Thiele vor § 164 N. 1, § 164 N. 5-14; Soergel/Schultze-von Lasaulx § 164 N. 1-8.
In Frankreich: Sehr klar und eindeutig Planiol/Ripert/Boulanger No. 117 (S. 47). Vgl. auch Ferid I E 335 (s. 361); Carbonnier No. 136 § 1 I (S. 457); Planiol/Ripert/Esmein No. 54 (S. 60 f.).
In Italien: Messineo S. 225 f.; Pugliatti S. 37; Neppi S. 60.

40 Vgl. OR 32 ff.; ccf. 1984 ff.; cci. 1387 ff.; ABGB 1002 ff.

41 Müller-Freienfels S. 50.

42 S.o. S. 2-5.

Eine allgemeingültige Definition darf nicht empirisch gewonnen werden⁴³ und darf daher auch keinen Begriff enthalten, der nicht Ausdruck einer allgemeingültigen Frage ist.⁴⁴

Wenn die Vertretung als Unterfall des Rechtsgeschäfts definiert werden soll, so ist zunächst der Begriff des Rechtsgeschäfts im vorpositivrechtlichen Sinn klarzustellen.

Die Frage, wer zur inhaltlichen Bestimmung des Rechts zuständig sei, ergibt sich analytisch aus dem Begriff des Rechts als Gefüge wertender Normen und ist folglich allgemeingültig.

"Jeder Rechtsordnung stellt sich die Frage, wieviel sie selbst abschliessend ordnen und wieviel sie der privaten Entschliessung überlassen wolle."⁴⁵

Ein Drittes gibt es nicht: Wenn die wertende Entscheidung nicht von der objektiven Rechtsordnung getroffen wird, muss sie von einer andern Instanz getroffen werden. Dazu ist nur ein Mensch imstande, und nur ein Mensch kann seine Entscheidung sprachlich ausdrücken.⁴⁶ Ohne näher auf psychologische Einzelheiten einzugehen, sei für die Zwecke der vorliegenden Abhandlung das Organ dieser Entscheidung der menschliche W i l l e genannt.

Zweck der wertenden Entscheidung ist letztlich die Normierung menschlichen Verhaltens. Wer aber sein Verhalten nach bestimmten Normen richten soll, muss wenigstens die Möglichkeit haben, diese Normen zu kennen. Da "der Wille als psychologischer Vorgang nicht direkt erkennbar ist",⁴⁷ kann folglich nur der geäusserte Wille in Betracht kommen.

Jede Willensäusserung, an die rechtliche Wertungen angeknüpft werden, muss von ihrem Inhalt her genügend Anhaltspunkte liefern, um die Entscheidungen des objektiven Rechts zu ersetzen.

43 S.O. S. 2 bei N. 4.

44 S.O. S. 4 f. und Kant S. 32.

45 Burckhardt S. 19.

46 Dieser Satz ist zugegebenermassen synthetisch, aber m.E. unbestritten.

47 Von Tuhr/Peter § 21 bei N. 3.

Die rechtsgestaltende Wirkung der Willensäusserung muss nicht ausdrücklich von den Aeussernden gewollt sein; in vielen Geschäften des Alltags⁴⁸ und insbesondere bei Willensbetätigungen⁴⁹ wollen die Beteiligten vielmehr die wirtschaftlichen und sozialen Folgen ihrer Aeusserung; Folgen, deren Eintreten seinerseits eine entsprechende Rechtsgestaltung impliziert - was den Aeussernden meist nicht bewusst ist.

Der Begriff des Rechtsgeschäfts entspricht nun der bejahenden Antwort auf die Frage nach der Zulassung der Rechtsgestaltung durch private Willkür.

Die Anerkennung des Rechtsgeschäfts bedeutet einen "Einbruch der Willkür in das Gebiet des Rechts".⁵⁰

Die einzelnen Rechtsgeschäfte des positiven Rechts sind dann gemäss der überzeugenden Definition von Gysin⁵¹ "von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellte Formen (Typen) sozialer Willensäusserungen, die für die willensgemässe Wirksamkeit der Privatwillkür dem Sanktionsgebiete zugeordnet sind".⁵²

Die Sanktionierung der implizierten Rechtsgestaltung ist ihrerseits die Rechtsfolge des Verhaltens "Willensäusserung", eine Rechtsfolge, die nur deshalb eintritt, weil es das objektive Recht so bestimmt.⁵³ In diesem Sinn ist das Rechtsgeschäft ein Sonderfall der Zuordnung von Verhalten und Rechtsfolge: Das massgebliche Verhalten ist hier eine Willensäusserung, und die Rechtsfolge ist eine Rechtsgestaltung im Sinne dieser Willensäusserung.

48 Gysin S. 253-256.

49 Gysin S. 248.

50 Burckhardt S. 20 nach N.9.

51 Gysin S. 236-265 (=ZBJV 1929 S. 97-132).

52 Gysin S. 265 (gesperrter Text im Original kursiv).

53 Burckhardt S. 17 f., insbesondere S. 18 N.1; S. 21.

Folglich muss das positive Recht auch hier bestimmen, wie die entsprechenden Subjekte einander zugeordnet werden sollen,⁵⁴ mit andern Worten, w e s s e n Willensäußerung w e s s e n Verhalten normiere.

Ist diese Zuordnung nun hier anders als im übrigen Gebiet des Rechts vorzunehmen? Ein Unterschied könnte nur darin begründet liegen, dass sowohl das Verhalten wie die Rechtsfolge beim Rechtsgeschäft besonders qualifiziert sind. Die Rechtsgestaltung durch private Willkür sagt an sich nichts aus über die beteiligten Subjekte; es ist nicht einzusehen, warum gerade hier eine besondere Regelung der Zuordnung der Subjekte gelten solle.

Aus dem spezifischen Inhalt des Rechtsgeschäfts gewinnt man nur dann eine Aussage über diese Zuordnung, wenn man das Rechtsgeschäft als Ausdruck der "Befugnis sozialer Selbstbestimmung"⁵⁵ versteht und damit meint, dass die Beteiligten durch ihren Willen eine Rechtsgestaltung für s i c h s e l b s t herbeiführen können.⁵⁶ Dies bedeutet aber nichts anderes als die Vermengung der Begriffe des Rechtsgeschäfts als Mittel privatwillkürlicher Rechtsgestaltung und der Selbstverantwortung als Identität der Subjekte von Verhalten und Rechtsfolge. Rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung ist gleich privatwillkürlicher Rechtsgestaltung plus Selbstverantwortung.

Die Selbstverantwortung als Grundsatz der Zuordnung der Subjekte folgt mitnichten analytisch aus der privatwillkürlichen Rechtsgestaltung als solcher, sondern nur daraus, dass auch beim Rechtsgeschäft der für jede rechtliche Normierung gültige Satz gilt, dass eine generelle Regel der Zuordnung

54 S.o. S. 6 f.

55 Müller-Freienfels S. 50 mit Verweisung auf Fritz von Hippel, Rechtsphilosophie, bei Reinhardt, Einführung in die Rechtswissenschaft (1949) S. 308, woraus das angeführte Zitat entnommen ist.

56 Von Tuhr/Peter § 20 I vor N. 2b; Flume § 43 3 S. 754; Larenz § 30 I S. 508 am Anfang; Koziol/Welser S. 69-71.

gar nicht anders aufgestellt werden kann.⁵⁷

Die Vertretung ist auch beim Rechtsgeschäft eine Ausnahme von einer generellen Regel der Zuordnung der Subjekte, und eine solche Regel kann nur im Sinne der Selbstverantwortung lauten.

Mithin stellt sich die Frage nach der Zuordnung der Subjekte beim Rechtsgeschäft nicht anders als im übrigen Gebiet des Rechts.

Eine Definition der Vertretung als Sonderfall des Rechtsgeschäfts ist logisch korrekt und enthält kein empirisches Element, aber der so gewonnene Begriff ist nichts als ein Unterbegriff zu einem allgemeineren Begriff der Vertretung, zusammengesetzt aus den allgemeingültigen Begriffen der Vertretung und des Rechtsgeschäfts. Die vorherige Definition dieser beiden Begriffe ist also unerlässlich zur Begriffsbildung der Vertretung beim Rechtsgeschäft, und in diesem allgemeinen Sinne ist die Vertretung unabhängig vom Rechtsgeschäft zu definieren.

1.1.1.3.3. Privatwillkürliche⁵⁸ Begründung

Müller-Freienfels vertritt - in Abweichung von der h.L.⁵⁹ - eine Einschränkung der Definition auf privatwillkürlich begründete Vertretung und somit eine separate Behandlung der unmittelbar gesetzlich begründeten Vertretung.

Seine sorgfältig begründete Meinung ist von der h.L. aber nur abgelehnt, nicht widerlegt worden. Eine Widerlegung sei im Folgenden versucht.

57 S.o. S. 9 f.

58 Da der rechtsgeschäftliche Charakter der Bevollmächtigung umstritten ist, verwende ich vorläufig den Ausdruck der Privatwillkür. Vgl. unten 1.2.2.3. S. 61-66.

59 Flume § 45 II 4 S. 792; Soergel/Schultze-von Lasaulx vor § 164 N. 25; Larenz S. 510, 518; Enneccerus/Nipperdey § 180 S. 1104-1107.

Müller-Freienfels argumentiert wie folgt:

- " ... der Wille des Vertretenen selbst" bildet "den primären Grund für den Eintritt der Vertretungsfolge",⁶⁰ und dieser Wille kann nur in der privatwillkürlichen Bevollmächtigung zum Ausdruck kommen.
- Die Rechtsfähigkeit des Handlungsunfähigen beruht auf einer doppelten Fiktion,⁶¹ da einerseits zum Bestand eines subjektiven Rechts auch die Möglichkeit der Verfügung gehört⁶² und andererseits insbesondere der Urteilsunfähige nicht Adressat der sittlichen Normen des Rechts sein kann, die alle die sittliche Vernunft des reifen Menschen voraussetzen.⁶³ Folglich ist der Handlungsunfähige nur fiktiv Subjekt des Rechts, und daraus folgt, dass bei der sogenannten gesetzlichen Vertretung tatsächlich nur ein Subjekt, nämlich der gesetzliche Vertreter, vorliegt. Somit besteht keine Anomalie der beteiligten Subjekte, mit anderen Worten keine Vertretung. "Niemand tritt hier 'an die Stelle' eines anderen. Jeder steht und handelt da, wo er allein hingehört."⁶⁴

Diese Argumente sind aus folgenden Gründen unbehelflich:

- Das erste Argument ist a posteriori geschöpft, nämlich aus der von Müller-Freienfels vorgeschlagenen Ausgestaltung der Vertretung. Die Massgeblichkeit des Willens des Vertretenen soll ja eben erst bewiesen werden; wird sie vorausgesetzt, so liegt ein klassischer Zirkelschluss vor.

60 Müller-Freienfels S. 340.

61 Müller-Freienfels S. 187-189.

62 Müller-Freienfels S. 155-159.

63 Müller-Freienfels S. 156 mit Verweisung auf Kant: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Einleitung in die Metaphysik der Sitten IV.

64 Brodmann in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts IV 2 S. 113, zustimmend zitiert von Müller-Freienfels S. 176 bei N. 75.

- Das zweite Argument bezieht sich nur auf die gesetzliche Vertretung Handlungsunfähiger. Es sind aber auch unmittelbar gesetzlich begründete Vertretungstatbestände auf anderen Gebieten denkbar, so z.B. die Anscheinsvollmacht kraft Gutgläubensschutz.⁶⁵

Aber auch auf dem Gebiet der gesetzlichen Vertretung Handlungsunfähiger schlägt das Argument nicht durch.

Die Fiktion, dass alle Menschen als sittlich vernünftig anzusehen seien, ist an sich durchaus zulässig. Wenn das Recht die Tatsache $X = U$ fingiert, bedeutet das nur, dass es aufgrund einer Wertung den Fall X gleich entscheiden will wie den Fall U . Das ist logisch einwandfrei.⁶⁶

Die sittliche Vernunft und Selbstverantwortlichkeit des Menschen sind nicht nur im Falle Urteilsunfähiger fiktiv. Wohl die überwiegende Mehrzahl der erwachsenen Rechtsgenossen - vielleicht alle - sind diesen hohen Anforderungen nicht immer gewachsen. Eine freiheitliche Rechtsordnung, die den Einzelnen möglichst viel Spielraum zu selbständiger Entfaltung bieten soll, kann nicht umhin, mit dieser Fiktion zu arbeiten.

Das Recht richtet sich nicht an die sittliche Vernunft; es fragt nur nach der Legalität, nicht nach der Moralität des äusseren Verhaltens.⁶⁷ Es kann daher auch nicht in jedem Einzelfalle prüfen, ob seine Adressaten im Besitz der nötigen sittlichen Vernunft seien.

Die Urteilsunfähigkeit ist somit kein Hindernis für die Rechtsfähigkeit.

Inwieweit die Möglichkeit selbständiger Verfügung zum Bestand eines subjektiven Rechts gehöre, hängt von der Definition des subjektiven Rechts ab. Es sind jedenfalls Defini-

65 S.u. S. 41-49.

66 Wolff S. 145 f.

67 Wolff S. 133 f., Burckhardt S. 165.

tionen denkbar, die eine logisch einwandfreie Trennung von Rechts- und Handlungsfähigkeit erlauben: Ein Beispiel dafür ist Jherings Definition des subjektiven Rechts als rechtlich geschütztes Interesse.⁶⁸

Wer immer die Begriffe von Rechts- und Handlungsfähigkeit als unabhängige Begriffe verwendet, muss eine solche Definition wenigstens implizite verwenden. Im rein Begrifflichen ist kein Platz für Fiktionen.

Wer zunächst einen Begriff definiert und anschliessend mittels einer Fiktion eine Ausnahme von seiner Definition machen will, nimmt seine Definition zurück!⁶⁹ Die Logik kennt keine Ausnahmen.

Es besteht nur die Alternative, entweder die Verfügungsmöglichkeit als essentiellen Bestandteil aller subjektiven Rechte zu definieren - und damit dem Handlungsunfähigen auch die Rechtsfähigkeit abzuerkennen -, oder aber auf diese Definition zu verzichten.

Wenn eine Rechtsordnung den Grundsatz anerkennt, "dass alle Menschen eben als Menschen Subjekt im Rechte seien",⁷⁰ und gleichzeitig einem Teil der Menschen die Handlungsfähigkeit entzieht, dann hat sie die begriffliche Unabhängigkeit von Rechts- und Handlungsfähigkeit bereits vorausgesetzt.

Ob man die subjektiven Rechte eines Handlungsunfähigen, der nicht darüber verfügen kann, als "ruhende Rechte"⁷¹ oder ähnlich bezeichnet, spielt keine Rolle; wesentlich ist, dass der Handlungsunfähige als Subjekt eines - wenn auch "ruhenden" - Rechts anerkannt wird.

Gerade dies ist aber das bestimmende Element der Konstruk-

68 Jhering (1871) S. 392 ff.

69 Vgl. Gysin S. 243 am Anfang, S. 246 und Wolff S. 145 f.: "Nur das Gesetz, nicht die Rechtswissenschaft kann sich auf Fiktionen berufen."

70 Müller-Freienfels S. 188; vgl. auch S. 70 bei N. 26: "Rechte haben und Rechte ausüben, Rechtssubjekt und Willenssubjekt sein, müssen nicht in einer Person zusammen-treffen"(!).

71 Müller-Freienfels S. 182 ff.

tion der gesetzlichen Vertretung: "Die erste Voraussetzung dafür ist, dass der Handlungsunfähige für die juristische Konstruktion zu einer Person wird."⁷² Die formale Konstruktion der gesetzlichen Vertretung setzt in ebenso formal-begrifflicher Weise die Trennung von Rechts- und Handlungsfähigkeit voraus.

Diese begriffliche Trennung kann aber keine Fiktion sein. Wenn also die Teilnahme Unmündiger am Rechtsverkehr mit der Konstruktion der gesetzlichen Vertretung ermöglicht werden soll, so muss die Unabhängigkeit der beiden Begriffe anerkannt werden. Wenn eine gesetzliche Vertretung besteht, so liegt bei ihr folglich dieselbe Diskrepanz der Subjekte von Verhalten und Rechtsfolgen vor, wie sie den formalen Begriff der Vertretung überhaupt kennzeichnet. Damit ist allerdings nichts darüber ausgesagt, ob die Regelung irgendeines - z.B. des schweizerischen - positiven Rechtes eine gesetzliche Vertretung in diesem Sinne sei. Auch die gesetzliche Vertretung Handlungsunfähiger fällt daher bei korrekter Betrachtung unter den Begriff der Vertretung, wie er oben⁷³ vorgestellt worden ist.

Dazu kommt, dass eine apriorische Einschränkung der Definition der Vertretung auf privatwillkürlich begründete Vertretung logisch verfehlt wäre. Die Frage, wann Vertretung eintreten solle, enthält ja bereits den vorausgesetzten Begriff der Vertretung. Ob Vertretung in Abhängigkeit von der Privatwillkür eintreten solle oder nicht, lässt sich erst beantworten, wenn der Begriff der Vertretung feststeht. Definiert man die Vertretung aus ihrer Begründung, so verfällt man in einen Zirkelschluss.

72 Müller-Freienfels S. 176.

73 S.o. S. 10.

1.1.1.3.4. Mittelbare Stellvertretung

Es stellt sich zusätzlich die Frage, ob nicht auch die Fälle ins Vertretungsrecht gehören, bei denen der Prinzipal nicht unmittelbar in seiner Rechtsstellung, sondern rein ökonomisch betroffen wird.

Ein Mittelding ist - entgegen Schlossmann⁷⁴ - undenkbar: Entweder wird die Rechtsstellung des Prinzipals tangiert oder eben nicht. Sobald auch nur in einem ganz untergeordneten Punkt eine Diskrepanz der Subjekte von Verhalten und Rechtsfolge besteht, liegt echte Vertretung vor.

Wie das Verhalten des Einen wirtschaftliche Auswirkungen auf das Vermögen eines Anderen haben kann, ist keine spezifisch rechtliche Frage. Es gibt unzählige rechtliche und faktische Möglichkeiten, um diesen Erfolg zu erreichen.

Wer einem Anderen etwas abkauft, schenkt, stiehlt, leiht oder anzündet, bewirkt immer durch sein Verhalten eine Änderung der ökonomischen Situation des Anderen.

Dass eine Diskrepanz von Subjekt eines Verhaltens und Subjekt der wirtschaftlichen Auswirkungen besteht, ist rechtlich durchaus normal; die normale rechtliche Zuordnung der beteiligten Subjekte wird nicht verletzt.

Da die Vertretung im juristischen Sinne eine r e c h t -
l i c h e Anomalie sein muss, spielt es keine Rolle, ob ein bestimmter Tatbestand der w i r t s c h a f t l i -
c h e n Normalität widerspricht.

Die sogenannte mittelbare oder indirekte Stellvertretung ist daher keine Vertretung im Sinne des allgemeingültigen Begriffs.

74 Schlossmann I § 7; zustimmend Binder S. 360.

1.1.1.4. Dialektik des Vertretungsbegriffs

1.1.1.4.1. Allgemeines

Der oben entwickelte Begriff der Vertretung als Ausnahme von der generellen Identität der Subjekte eines rechtlich relevanten Verhaltens und dessen Rechtsfolgen ist wohl sehr weit gefasst, hat aber den grossen Vorteil der Allgemeingültigkeit.⁷⁵

Daher liegt die Versuchung nahe, auf dialektischem Wege materielle Aussagen aus dieser formalen Definition zu deduzieren:⁷⁶ So könnte eine allgemeingültige "Vertretungstheorie" begründet werden.

Eine geeignete Anknüpfungsmöglichkeit für derartige logische Kunststücke liefert der Standpunkt des Betrachters:⁷⁷ Je nachdem, von welchem Ort aus man die Diskrepanz der Subjekte von Verhalten und Rechtsfolge betrachtet, gewinnt man andere Perspektiven.

Steht man auf dem Standpunkt des Subjekts der Rechtsfolgen - also des Prinzipals -, so sieht man in der Vertretung ein Handeln "mit Hilfe eines Vertreters".⁷⁸

Steht man umgekehrt auf dem Standpunkt des Subjekts des Verhaltens - also des Vertreters -, so erscheint die Vertretung als ein Handeln mit "Fremdwirkung".⁷⁹

1.1.1.4.2. Auswirkungen der beiden Ansatzpunkte

Beide angeführten Betrachtungsweisen sind je für sich benutzt worden, um eine "Vertretungstheorie" zu begründen. Geht man vom Standpunkt des Vertretenen aus, so erscheint dieser als der eigentliche Handelnde und der Vertreter als

75 S.o. S. 5-10.

76 S.o. S. 8 bei N. 31.

77 Vgl. Kant S. 315-317.

78 Müller-Freienfels S. 27 nach N. 60; AJCL 1957 S. 170 f.

79 Soergel/Schultze-von Lasaulx vor § 164 N. 15.

blosses Werkzeug. Dies ist die Grundkonzeption der sogenannten Geschäftsherrentheorie. Ihr Begründer und bedeutendster Vertreter, Savigny, drückt sich wie folgt aus: "Wenn Titius dem Gajus den Auftrag gibt, in seinem Namen von Sejus ein Haus zu kaufen, und wenn dieser Auftrag vollzogen wird, so sind die wahrhaft handelnden Personen Titius und Sejus ... Das Eigenthümliche des Falles besteht vielmehr nur darin, dass Titius, der seine Willenserklärung durch mündliche Rede oder durch einen Brief aussprechen konnte, zu diesem Zweck einen Dritten als Mittelsperson gebraucht hat ..." ⁸⁰

Ebenso an anderer Stelle: "Denn in eben diesen Fällen wird der Vertrag von mir, durch meinen Willen, geschlossen, und der Stellvertreter ist bloss der Träger meines Willens." ⁸¹

Aber auch ein moderner Autor wie Müller-Freienfels, der keinen alten Theorien verhaftet ist und ausdrücklich ablehnt, aus Begriffen materielle Aussagen zu entnehmen, ⁸² verwendet die Auffassung vom Wesen der Vertretung als Handeln "mit Hilfe eines Vertreters", ⁸³ um die gegenteilige Auffassung der Vertretung als Handeln mit Fremdwirkung zu widerlegen! ⁸⁴

Diese gegenteilige Meinung, dass der eigentlich Handelnde der Vertreter sei, dessen Verhalten Fremdwirkungen beim Vertretenen hervorrufe, ist als sogenannte Repräsentationstheorie fast überall herrschend geworden ⁸⁵ und hat auch die For-

80 Savigny S. 19.

81 Savigny S. 59 am Ende.

82 Vgl. z.B. Müller-Freienfels S. 29.

83 Müller-Freienfels S. 27 nach N. 60.

84 Müller-Freienfels S. 23-29.

85 In der Schweiz: von Tuhr/Peter § 44; Bucher (OR) § 33 VII 1 (allerdings eingeschränkt); Engel No. 78 A S. 257 f., No. 80 S. 271-273; Becker Art. 32 N. 10; Oser/Schönenberger vor Art. 32 N. 13. ./.

mulierung moderner Gesetzestexte beeinflusst.⁸⁶ Sehr klar kommt ihr Grundgedanke bei von Tuhr zum Ausdruck: "Da das Rechtsgeschäft des Vertreters von ihm vorgenommen wird (und nur die Wirkungen des Geschäfts beim Vertretenen erfolgen), kommt für den Tatbestand des Geschäfts grundsätzlich nur die Person des Vertreters in Betracht."⁸⁷

1.1.1.4.3. Unhaltbarkeit der Antinomie

Es geht nicht an, einen Tatbestand, an dem naturgemäss mehrere Beteiligte mitwirken, nur von einer Seite aus zu untersuchen; sowenig beispielsweise der Tatbestand "Kaufgeschäft" nur als Ankauf oder nur als Verkauf behandelt werden darf, sowenig darf die Vertretung nur vom Standpunkt des Prinzipals oder des Vertreters betrachtet werden.

Die beiden Betrachtungsweisen der Vertretung als "Handeln durch den Vertreter" oder als "Handeln für den Vertretenen"

In Deutschland: Thiele vor § 164 N. 1, N. 13; Flume § 46; Soergel/Schultze-von Lasaulx vor § 164 N. 15; Larenz S. 508 § 30 I; Enneccerus/Nipperdey S. 1087 § 178 I I; von Tuhr S. 333; Laband S. 183 f. Für ältere Literatur vgl. Mitteis S. 97 ff., wo die Vertreter der Repräsentationstheorie des 19.Jhr. ausführlich nachgewiesen - und kritisiert - sind.

In Oesterreich: Koziol/Welser S. 131 f.

In Frankreich: Mazeaud No. 147 S. 123; Carbonnier II S. 457; Planiol/Ripert/Esmein S. 60 f.; Planiol/Ripert/Boulanger S. 47; Madray S. 158 vor N.21; vgl. auch Ferid E. 328-331 S. 358 f.

In Italien: Sehr entschieden Neppi S. 68-71; Cariota-Ferrara S. 680 N.3; anders aber die wohl herrschende Lehre: Messineo S. 230; Santoro-Passarelli S.274; Saggese S.50 f., die alle die vermittelnde Theorie Mitteis' vertreten. Nochmals abweichend, im Sinne Schlossmanns, Pugliatti S. 35-87.

86 OR 32 I; BGB § 164 I; cci 1388.

87 Von Tuhr/Peter § 44 bei N. 2.

sind nur scheinbar analytisch aus dem Vertretungsbegriff abgeleitet; in Wahrheit enthalten sie beide ein synthetisches Element,⁸⁸ nämlich den Begriff des "Handelnden". Stehe ich auf dem Standpunkt des Vertreters, so betrachte ich als Handelnden denjenigen, der nach aussen ein bestimmtes Verhalten zeigt; vom Standpunkt des Prinzipals aus bezeichne ich als Handelnden denjenigen, der effektiv mit der Außenwelt in rechtliche Beziehungen tritt. Der Begriff des "Handelnden" hat also in beiden Fällen je eine andere Bedeutung! Der Widerspruch zwischen den beiden Auffassungen ist daher nur scheinbar.

Von ihrem jeweiligen Standpunkt aus sind beide Betrachtungsweisen nicht falsch und können auch nicht widerlegt werden.

So gilt auch heute noch die pointierte Aussage Schlossmanns,⁸⁹ dass "wirkliche innere Gründe, weshalb die eine jener vulgären Anschauungsweisen den Vorzug vor der anderen verdiene, von keiner Partei angeführt werden".

Inwieweit aber Gutgläubigkeit, Willensmängel, Kenntnis besonderer Umstände etc. auf Seiten des Prinzipals die Rechtsfolgen des Verhaltens des Vertreters beeinflussen, kann nicht aus dem Begriff abgeleitet werden, sondern muss anhand der Interessenlage wertend entschieden werden.

1.1.1.5. Zusammenfassung

Als allgemeingültiger Begriff der Vertretung konnte gefunden werden:

Die Vertretung ist eine Abweichung vom generellen Grundsatz der Selbstverantwortung, bestehend in einer Diskrepanz von Subjekt eines rechtlich wirksamen Verhaltens und Subjekt daraus entspringender Rechtsfolgen.

⁸⁸ Vgl. Kant S 36-39.

⁸⁹ Schlossmann I S. 217.

Einschränkungen dieser Definition aufgrund einer Generalisierung positivrechtlicher Vorschriften sind nicht allgemeingültig.

Auch gesetzlich begründete Vertretung ist Vertretung in diesem Sinne; die rechtsgeschäftliche Begründung ist nicht Begriffsmerkmal der Vertretung. Vielmehr setzt der Begriff rechtsgeschäftlicher Begründung der Vertretung seinerseits den Begriff der Vertretung voraus.

Es bestehen keine a priori notwendigen Gründe zur Einschränkung des Vertretungsbegriffs auf die Vertretung beim Rechtsgeschäft.

Der Gegensatz der Vertretungstheorien ist nur scheinbar und beruht auf einer Begriffsverwirrung.

1.1.2. Funktionen der Vertretung

1.1.2.1. Allgemeines

Zu bestimmen, unter welchen Umständen die Vertretung als Ausnahme zugelassen werden solle, und wie die Subjekte von Verhalten und Rechtsfolgen in diesem Fall zuzuordnen seien, ist Sache der Wertungen des positiven Rechts.

Wenn das rechtsetzende Organ nicht völlig willkürlich entscheidet, sondern im Sinne der Gerechtigkeit, dann heisst das, "dass direkte Vertretungswirkung ... stets dann Platz zu greifen hat, wenn das 'gerecht' ist".¹

Die Entscheidung, was "gerecht" sei, bedingt immer eine Abwägung der verschiedenen I n t e r e s s e n ; denn "wenn keine solchen Begehren und Bestrebungen sich regten, brauchten wir keine Norm".²

Diese Interessenabwägung braucht nicht unbedingt in genereller Weise zu erfolgen;³ das Recht kann durchaus für jede einzelne denkbare Interessenkonstellation eine besondere Entscheidung treffen.

Sollen die Interessengegensätze aber generell geregelt werden, so müssen sie zunächst auf generelle Typen zurückgeführt werden.

Diese typischen Interessenlagen müssen von jedem positiven Recht geregelt werden, sei es als Einzelfälle einer kasuistischen Rechtssetzung oder als Grundlage einer generellen Normierung. Die Frage nach der Entscheidung dieser typischen Interessengegensätze ist daher allgemeingültig.

"Es ist nicht Aufgabe der Rechtsordnung, in detaillierter Kasuistik praktisch häufige Interessenlagerungen herauszu-

1 Wolff S. 157 bei N. 2.

2 Burckhardt S. 243.

3 Burckhardt S. 265-269.

greifen, sondern charakteristische Interessenlagen und für die Interessenbewertung wichtige Tatbestandsmomente so zu normieren, dass sowohl das Gewicht der widerstreitenden Interessen bewertet, als auch die Bedeutung der Tatbestandsmomente prinzipiell erkannt werden kann."⁴

Das typische Interesse ist nicht identisch mit einer Vermögensmehrung im Einzelfall. So kann der Prinzipal durchaus daran interessiert sein, eine Zahlung durch seinen Vertreter vorzunehmen, wenn er andernfalls einen umständlicheren Weg einschlagen müsste.

Entscheidend ist das typische Interesse an der Vertretung, nicht die mehr oder minder zufällige Vermögensverschiebung als Folge der Vertretung.

Jeder typischen Interessenkonstellation entspricht eine Funktion der Vertretung.⁵

Es kann durchaus vorkommen, dass die Vertretung im Einzelfall im übereinstimmenden Interesse mehrerer Beteiligter liegt. Typischerweise sind die Interessen der Beteiligten aber verschieden. Zwei verschiedene Personen haben niemals denselben Charakter, dieselben Gedanken, dieselben Wünsche - und daher auch nicht dieselben Interessen.

Zum Interesse gehört aber begriffsnotwendig eine interessierte Person; ein subjektloses Interesse ist ein Unding.

Typisch ist somit nur das Interesse eines Einzelnen; die Funktionen der Vertretung können daher nur folgende sein: Vertretung im Interesse des Prinzipals, des Vertreters oder eines Dritten.

Das "öffentliche Interesse" ist nicht typisch und begründet somit auch keine Funktion der Vertretung "im öffentlichen Interesse". Das öffentliche Interesse ist nichts als der "gesetzgebungspolitische Gesichtspunkt, nach dem der Gesetz-

4 Wolff S. 161 bei N. 2; vgl. auch Lenel S. 6-8.

5 Vgl. Zweigert/Kötz I S. 29-31 und Neppi S. 6.

geber entscheidet, ob eine Norm als zwingende und von Amtes wegen anzuwenden, zu erlassen sei ...".⁶ Somit kann die Vertretung in einer bestimmten Funktion durchaus von Fall zu Fall für zwingend erklärt werden; dies bedeutet aber nur, dass die betreffende Funktion im spezifischen Einzelfall nach Ansicht des Gesetzgebers im öffentlichen Interesse liegt.

Da das öffentliche Interesse nur von Fall zu Fall vorliegt, kann auch das ausnahmsweise identische Interesse mehrerer Personen als öffentliches Interesse anerkannt werden - z.B. das Interesse der Gesamtheit der Steuerzahler an der Verhinderung der Steuerhinterziehung, das Interesse aller Staatsbürger an sauberer Umwelt etc.

1.1.2.2. Vertretung im Interesse des Prinzipals:

Organisatorische Funktion

Die Zulassung der Vertretung ermöglicht dem Prinzipal, unmittelbar am Rechtsverkehr teilzunehmen, ohne selbst aktiv zu werden.⁷ Insofern ist die Vertretung im Interesse des Vertretenen das beste Instrument, um seine örtliche oder geistige Abwesenheit auszugleichen.

Lässt die positive Rechtsordnung die "undisclosed agency"⁸

⁶ Burckhardt S. 36 bei N. 39.

⁷ Vgl. Zweigert/Kötz II S. 115.

⁸ So wird im englischen Sprachgebiet die unmittelbare Vertretung ohne Auftreten des Vertreters im Namen des Prinzipals genannt. Vgl. in den USA insbesondere Restatement § 4 und § 186; zum englischen Recht: Anson/Guest S. 596-598; Cheshire/Fifoot/Furmston S. 467-470; Powell S. 150-166; Müller-Freienfels, Rabels Zeitschrift 1952, S. 578 ff., 1953 S. 12 ff.

Rechtsvergleichend insbesondere Tedeschi S. 99 ff. und besonders S. 117-127, mit ausführlichen Nachweisen.

Eine ähnliche Rechtsfigur im Schweizerischen Recht bildet OR 32 II; vgl. auch OR 401.

zu, so erhält der Prinzipal sogar die Möglichkeit, ungenannt und in völliger Diskretion am Rechtsverkehr teilzunehmen.

Die Institution der Vertretung im Interesse des Prinzipals ermöglicht somit grundsätzlich das Stellen des rechten Mannes auf den rechten Platz, also eine rationelle Wirtschafts- und Gesellschaftsorganisation.⁹ "Ihre Funktion ist, einer Vervielfältigung des Ichs zu dienen in dem Sinne, wie es das Lied ausdrückt: 'O, dass ich tausend Zungen hätte und einen tausendfachen Mund'."¹⁰

Zu dieser Funktion gehört auch die gesetzliche Vertretung Unmündiger.¹¹ Sie ermöglicht trotz fehlender Handlungsfähigkeit eine zweckmässige Interessenwahrung im Rechtsverkehr. Der Unterschied zur rechtsgeschäftlich begründeten Vertretung liegt nur in der Entstehung des Vertretungsverhältnisses;¹² in beiden Fällen wird die Unmöglichkeit oder Unopportunität selbständigen Auftretens des Prinzipals überspielt. Ein unbeholfener Laie z.B., der sich in einem schwierigen Prozess von einem Anwalt vertreten lässt und diese Vertretung rechtsgeschäftlich begründet, ist faktisch genauso hilflos und dem Vertreter auf Treu und Glauben ausgeliefert, wie ein Unmündiger seinem gesetzlichen Vertreter. Auch die in Selbstbestimmung - recte selbstverantwortlicher Rechtsgestaltung¹³ - erfolgte Begründung der Vertretung wird in diesem Fall zur Farce; will der Prinzipal nicht sein gutes Recht aufs Spiel setzen, so hat er gar keine andere Wahl, als einen Vertreter zu ernennen, dessen Fähigkeit er kaum richtig beurteilen kann. Somit ist der Vertretene bei gesetz-

9 Neppi S. 61; Müller-Freienfels AJCL 1957 S. 165 f. und 170; Müller-Freienfels S. 53-56; Burckhardt S. 296.

10 Müller-Freienfels S. 27.

11 A.M.Müller-Freienfels S. 51-53, 155 ff., 334 ff.; s.o. S. 15-19.

12 Gl. M. insbesondere Flume § 45 II 4 S. 792; Cariota-Ferrara S. 688 f.

13 S.o. S. 14.

lich begründeter Vertretung nicht a priori in erhöhtem Masse schutzbedürftig; es besteht kein fundamentaler Unterschied in der Interessenlage.

Wenn also das positive Recht die Rechtsfähigkeit Unmündiger¹⁴ und ihre Teilnahme am Rechtsverkehr mittels gesetzlicher Vertretung anerkennt, muss es bei der Ausgestaltung dieser Institution grundsätzlich dieselben Interessenkonflikte lösen, wie sie bei der gewillkürten Vertretung auftreten. Die Schutzvorschriften des Kindes- und Vormundschaftsrechts haben dieselbe Funktion wie z.B. das Anwaltsgesetz: es wird ein Prinzipal geschützt, der seinen Vertreter nicht kontrollieren kann und dennoch auf ihn angewiesen ist.

Ebenfalls zur organisatorischen Funktion der Vertretung im Interesse des Prinzipals gehört der Spezialfall blosser Entgegennahme von Zuwendungen.¹⁵ Da dies für den Prinzipal rein lukrativ ist und ihm keine Nachteile bringen kann, sind hier keine Schutzvorschriften notwendig. Dementsprechend haben verschiedene positive Rechtsordnungen in m.E. zutreffender Würdigung der Interessenlage bei diesen Fällen das Eintreten der Vertretungswirkungen ohne Rücksicht auf den Willen des Vertretenen anerkannt.¹⁶ Der technische Begriff für diese Institution - soweit sie im Rahmen des Vertragsrechts eingeführt wird - ist der "Vertrag zugunsten eines Dritten".¹⁷

Die Vertretung in ihrer organisatorischen Funktion ist in der modernen arbeitsteiligen Wirtschaft kaum zu ersetzen. Als alternative Lösung käme allenfalls ein entsprechend aus-

14 Müller-Freienfels S. 155 ff., besonders S. 176-189; s.o. S. 15-19.

15 Von Tuhr/Escher § 82 I bei N. 17.

16 Gegenteilig ALR § 74 f. Diese Bestimmung wurde scharf kritisiert, vgl. den rechtsgeschichtlichen Ueberblick bei Zweigert/Kötz II S. 147 f.

17 OR 112. Zur rechtspolitischen Begründung vgl. Herzog (zur jüdisch-talmudischen "zechiyah") S. 150 f.

gebautes System von Treuhandschaften¹⁸ in Betracht, wie es in den angelsächsischen Ländern zur Wahrnehmung der Funktion der gesetzlichen Vertretung entwickelt worden ist.¹⁹ Die einfache und klare Struktur der direkten Vertretung wäre so aber wahrscheinlich nicht zu erreichen.²⁰ Es ist kein Zufall, dass das positive Recht aller einigermaßen entwickelten Wirtschaftsordnungen auf die eine oder andere Weise in Abweichung vom Grundsatz der Selbstverantwortung ein Auseinanderfallen von Subjekt rechtlich relevanten Verhaltens und Subjekt von dessen Rechtsfolgen anerkannt hat.²¹

1.1.2.3. Im Interesse des Vertreters: Gestaltende Funktion

Auch wenn die Vertretung in organisatorischer Funktion nahezu unentbehrlich ist, sind ihre Funktionen damit noch nicht erschöpft.²²

Während der Zweck der Vertretung im Interesse des Prinzipals darin besteht, dass der Vertretene nicht selbst handeln muss, liegt er bei der Vertretung im Interesse des Vertreters darin, dass nicht der Vertretene, sondern der Vertreter handeln kann. Der Vertreter kann durch sein Verhalten die Rechtsstellung des Prinzipals gestalten. Erscheinungen dieser Funktion sind insbesondere alle einseitigen Rechtsgeschäfte, soweit sie dem Subjekt der rechtsgeschäftlichen Willensäußerung ermöglichen, im eigenen Interesse die Rechtsstellung Dritter zu beeinflussen. Mit an-

18 Vgl. Zum anglo-amerikanischen trust Zweigert/Kötz I § 21 mit Literaturhinweisen (S. 328).

19 Zweigert/Kötz II S. 118-120; Müller-Freienfels S. 166 ff.

20 Vgl. Zweigert/Kötz I S. 33 zum Ersatz der gesetzlichen Vertretung im angelsächsischen Recht.

21 S.u. S. 116-216.

22 Vgl. Müller-Freienfels S. 114.

deren Worten: Wer ein einseitiges Rechtsgeschäft vornimmt und dabei nicht nur seine eigene Rechtsstellung beeinflusst, ist Vertreter des Subjekts der Rechtsfolgen. Dies ist die unabweisbare Konsequenz der oben²³ entwickelten allgemeingültigen Definition der Vertretung als Diskrepanz der Subjekte von Verhalten und Rechtsfolge.

Wer z.B. durch ein Gestaltungsgeschäft die "auf besonderer Rechtslage beruhende Befugnis eines Menschen, durch seinen alleinigen Willen eine Rechtsänderung herbeizuführen",²⁴ ausübt, ist Vertreter aller von der Rechtsänderung Betroffenen, soweit diese nicht mit ihm identisch sind.

Handelt er dabei im eigenen Interesse, so liegt Vertretung im Interesse des Vertreters vor.

Dies wird der Regelfall sein. Anders liegt der Fall nur, wenn das einseitige Rechtsgeschäft im Interesse des rechtlich Betroffenen vorgenommen wird; dann besteht organisatorische Vertretung im Interesse des Vertretenen.

Gewisse einseitige Rechtsgeschäfte des positiven Rechts sind notwendigerweise im Interesse des Aeussernden; so z.B. die Einrede im technischen Sinne - als Ausübung eines Rechts, nicht als Vorbringen einer Tatsache -, durch die "der Anspruch des Klägers gehemmt"²⁵ wird: Hier wird im Interesse des einredoberechtigten Schuldners die Rechtsstellung des Gläubigers verschlechtert.

Diese Qualifikation der einseitigen Rechtsgeschäfte mit Wirkung für Aussenstehende als Vertretung ist nicht zu verwechseln mit der Vertretung **b e i** einseitigen Rechtsgeschäften.

Jedermann, der mit einem einseitigen Rechtsgeschäft die Rechtsstellung eines Dritten beeinflusst, ist ipso facto dessen Vertreter. Nimmt er dieses Rechtsgeschäft nicht selbst

23 S.o. S. 5-10.

24 Von Tuhr/Peter § 3 II bei N. 5.

25 Von Tuhr/Peter § 3 IV nach N. 47.

vor, sondern z.B. durch einen organisatorischen Vertreter, so ist dies ein Fall von Untervertretung oder Substitution.²⁶

Es braucht aber nicht unbedingt ein rechtsgeschäftliches Handeln des Vertreters vorzuliegen; so wird z.B. die Leistungspflicht des Haftpflichtversicherers durch das alleinige Verhalten des Delinquenten ausgelöst, die Verpflichtung des Bürgen durch Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners etc.

Auch in diesen Fällen tritt im Interesse des Vertreters (d.h. des Versicherten, des Hauptschuldners etc.) eine Abweichung vom Grundsatz der Selbstverantwortung ein.

Die Vertretung im Interesse des Vertreters kann entweder durch Rechtsgeschäft oder unmittelbar durch das objektive Recht begründet werden. Wird sie durch Rechtsgeschäft begründet, so bestehen zwei Möglichkeiten:

- Entweder ist die Vertretung eine von vielen Einzelfolgen des Rechtsgeschäfts, wie z.B. die Einrede;
- oder sie ist Hauptzweck des Rechtsgeschäfts, wie z.B. beim *mandatum in rem suam*.

Die Fälle, da ex lege jemand durch sein Verhalten die Rechtslage eines Anderen gestalten kann, sind Legion. Insbesondere gehören sie notwendig zu der Institution des Vertrags:

- Rechtsfolge der Offerte ist, dass der Offerent das Seinige getan hat und der Adressat durch sein Akzept den Vertrag zustandebringen kann. Diese Rechtsfolge betrifft sowohl den Offerenten selbst als auch den Akzeptanten.

Folglich kann durch die Offerte der Offerent Rechtsfolgen für den Adressaten hervorrufen; er ist somit Vertreter des Adressaten. Da die Offerte typischerweise im Interesse des Offerenten liegt - andernfalls würde er sie kaum stellen -, ist dies ein Fall von Vertretung im Interesse des Vertreters.

²⁶ Von Tuhr/Peter § 42 IX; Flume § 45 5; Müller-Freienfels S. 28 f.; von Tuhr § 85 VIII.

- Dasselbe gilt mutatis mutandis vom Akzept. Dabei ist zu beachten, dass nicht etwa die Vertragsentstehung unmittelbare Rechtsfolge des Akzepts ist, wie es bei oberflächlicher Betrachtung scheint. Sie ist vielmehr Rechtsfolge des Gesamttatbestandes, der das Vorliegen zweier übereinstimmender Willensäußerungen verlangt, und nur mittelbare Rechtsfolge der einzelnen Willensäußerungen. Beim Akzept treten aber unmittelbare und mittelbare Rechtsfolgen gleichzeitig ein.²⁷

Wichtig zu bemerken ist, dass in diesen Fällen die Vertretung unmittelbar ex lege eintritt, unabhängig vom Willen des Prinzipals oder des Vertreters. Wohl ist die Rechtsfolge an sich von einer Willensäußerung abhängig, aber dass sie nicht nur beim Subjekt des Verhaltens eintritt, also dass Vertretung vorliegt, wird ex lege bestimmt.²⁸

Zur Gestaltungsfunktion gehören auch die Fälle, in denen der Vertreter seinerseits im Interesse eines Dritten²⁹ handelt; so z.B. wenn ein zahlungsunfähiger Schuldner im Rahmen eines aussergerichtlichen Vergleichs einen Vertrauensmann der Gläubiger zu seinem Generalbevollmächtigten bestellt - bzw. bestellen muss.³⁰

Wenn der Vertreter aufgrund eines besonderen Verhältnisses die Interessen eines Dritten wahrnimmt, ändert dies nichts an der Funktion der Vertretung als Gestaltung der Rechtsverhältnisse des Prinzipals im Interesse des Vertreters: Die Interessenwahrung beruht eben darauf, dass sich der

27 Vgl. die ausführlichere Argumentation zum analogen Thema der Rechtsfolgen der Genehmigung im Verhältnis zur Bevollmächtigung, u. S. 71-75, besonders S. 74.

28 Burckhardt S. 40.

29 "Dritter" ist hier nicht im technischen Sinn zu verstehen, sondern als "weder Vertreter noch Vertretener". Zur technischen Verwendung des Begriffs Müller-Freienfels S. 118 bei N. 53.

30 Beispiel nach Müller-Freienfels S. 118 nach N. 52. Zur Konkursverwaltung als einem ähnlichen Fall: Von Tuhr/Peter § 43 II N. 12 mit Literaturhinweisen.

Vertreter die Interessen des Dritten zu eigen macht, mit anderen Worten auf einer ausnahmsweisen Uebereinstimmung der Interessen. Diese kann auf Vertrag, auf Verwandtschaft oder auch auf ausserrechtlichen Beziehungen beruhen.

Wenn nicht punktuelle Interessenübereinstimmung zwischen Vertreter und Drittem hergestellt ist, liegt das Verhalten des Vertreters nur zufälligerweise im Interesse des Dritten. Die Wahrung von Interessen eines Anderen bedingt immer die U e b e r e i n s t i m m u n g der Interessen.

Wenn der Vertreter also die Interessen Dritter wahrt, liegt die Vertretung gleichzeitig im Interesse des Vertreters und des Dritten. Sind beide Interessen im Einzelfall gewichtig genug, um je für sich die Anerkennung der Vertretung durch das positive Recht zu bewirken, so liegt eine Doppelfunktion der Vertretung vor.³¹ Anders liegt der Fall jedoch, wenn der Vertreter im Interesse des Prinzipals handelt: Dann liegt per definitionem organisatorische Vertretung vor.

Die Funktion der Vertretung im Interesse des Vertreters beschlägt einen so umfassenden Teil des Rechts - es sei nur an die einseitigen Rechtsgeschäfte erinnert -, dass eine moderne Rechtsordnung ohne diese Institution völlig undenkbar ist.

1.1.2.4. Im Interesse Dritter: Schutzfunktion

1.1.2.4.1. Allgemeines

Neben den Funktionen der Vertretung als Organisationsprinzip und als Möglichkeit zur Gestaltung fremder Rechtsverhältnisse besteht schliesslich die praktisch sehr wichtige Funktion der Vertretung im Interesse Dritter.

31 S.u. S. 49 f.

Diese Funktion fällt häufig mit der organisatorischen Funktion zusammen:

Einerseits kann es den Interessen der Dritten entsprechen, dass sie anstatt des organisatorischen Vertreters den - eventuell solventeren - Prinzipal zum Geschäftspartner haben. Die Verpflichtung des Prinzipals aus dem Verhalten seines organisatorischen Vertreters kann also durchaus im Interesse Dritter liegen. Andererseits liegt diese Verpflichtung aber auch im Interesse des Vertretenen. Das Eingehen von Verpflichtungen gehört zu einer vollwertigen Teilnahme am Rechtsverkehr; und es liegt im Interesse des Prinzipals, sich auch für solche Geschäfte zweckmässig zu organisieren.

In solchen Fällen bedeutet die Anerkennung der Vertretung durch das positive Recht den gleichzeitigen Schutz der Interessen des Prinzipals und der Dritten; beider Interessen sprechen für die Zulassung der Ausnahme von der Selbstverantwortung.

Wann aber vermögen die Interessen der Dritten *a l l e i n* das Eintreten der Vertretung zu begründen? Die Beantwortung dieser Frage durch das positive Recht entscheidet über die Zulassung der Vertretung im typischen Interesse Dritter. Typischerweise sind die Interessen der Dritten von denjenigen des Prinzipals verschieden;³² somit sind die Ausnahmefälle übereinstimmender Interessen zur Abgrenzung der Funktion ungeeignet.

Die Vertretung hat dann die Funktion des Schutzes typischer Drittsinteressen, wenn sie vom positiven Recht zum Schutze der Dritten anerkannt wird, obwohl sie weder zur Organisation des Prinzipals noch zur Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse im Interesse des Vertreters notwendig wäre. Dass die Rechtsfolgen des Verhaltens des Vertreters beim Prinzipal eintreten, liegt im Interesse des Dritten.

32 S.o. S. 27 nach N. 5.

Durch die rechtliche Normierung des Verhaltens der Einzelnen werden die irdischen Güter nicht vermehrt, sondern nur verteilt. Wenn die Interessen von Prinzipal und Drittem - wie normalerweise der Fall - nicht übereinstimmen, dann bedeutet Vertretung im Interesse des Dritten folglich auch Vertretung zu Lasten des Subjekts der Rechtsfolgen, d.h. des Prinzipals.

Es werden also die Interessen Dritter auf Kosten des Prinzipals geschützt. Wann sind Dritte daran interessiert, dass die Rechtsfolgen eines Verhaltens bei einem anderen Subjekt eintreten?

Erste Bedingung ist, dass diese Rechtsfolgen den Dritten irgendwie betreffen, sei es, dass sie in einer Verpflichtung ihm gegenüber bestehen, oder dass er selbst zu etwas verpflichtet wird. Sind die Rechtsfolgen an sich dem Dritten gleichgültig, dann sind dies auch ihre Subjekte.

Zweitens muss ihm der Prinzipal als Subjekt der Rechtsfolge lieber sein. Ist die Rechtsfolge eine Verpflichtung gegenüber dem Dritten, so ist er an der Vertretung dann interessiert, wenn der Prinzipal zahlungskräftiger oder zahlungswilliger ist.³³ Ist die Rechtsfolge ein Guthaben gegen den Dritten, so ist er an einem möglichst milden Gläubiger interessiert.

Die "Milde" des Gläubigers ist kein objektiv feststellbarer Umstand, so dass die positive Rechtsordnung sie nicht zur Voraussetzung der Vertretung machen kann. Anders aber die Zahlungsfähigkeit: Die wirtschaftliche Potenz ist objektiver Messung durchaus zugänglich - man vergleiche z.B. das Steuerrecht ...

Drittens und letztens muss auch hier wie immer eine Beziehung zwischen Vertretenem und Vertreter bestehen, die eine

33 "The damages are taken from the deep pocket", sagt Baty, zit. nach Ferson S. 34, zur Rechtfertigung der doctrine of respondeat superior (s. u. N. 35).

Zuordnung der Subjekte im Sinne der Nicht-Identität ermöglicht.

Die Vertretung im Interesse Dritter hat also die Funktion, den Dritten zu schützen, indem sie ihm zur tatsächlichen Durchsetzung seiner Ansprüche hilft.

Beispiele für die Schutzfunktion der Vertretung sind die Tatbestände des Vertrauensschutzes bei der externen Vollmacht,³⁴ der wichtigste Fall ist aber die Deliktshaftung des Geschäftsherrn für die Handlungen seiner Hilfspersonen.³⁵

1.1.2.4.2. Geschäftsherrenhaftung

Dies mag kontinentaleuropäischen Juristen zunächst befremdlich erscheinen, da sie gewohnt sind, die Haftung für Hilfspersonen nicht als Erscheinung des Vertretungsrechts, sondern als Sonderfall des Haftpflichtrechts zu betrachten.

Diese dogmatische Einordnung der Geschäftsherrenhaftung wird meist für so selbstverständlich angesehen, dass keine nähere Begründung dafür gegeben wird.³⁶

Müller-Freienfels nennt folgende fünf Argumente:³⁷

- (1) "Während das Rechtsgeschäft infolge seines normativen Charakters ein planendes Vorbereiten der Zukunft, eine

34 S.u. 1.1.2.4.3. und insbesondere die Diss. von Danuser.

35 So die doctrine of respondeat superior im angelsächsischen Recht: Powell S. 184-207, bes. S. 197 ff.; Fridman S. 21, S. 197 ff.; Seavey S. 72. Restatement § 212 ff.; Ferson S. 166-204 (Kap. 6); 31-63 (Kap. 2); Mechem § 1855 ff., bes. 1856, a.M. aber Stolljær S. 7-10 (Kap. 1 § 4); Müller-Freienfels (Agency) S. 107 f. Rechtsvergleichend Zweigert/Kötz II S. 155 f. mit Nachweisen; Müller-Freienfels AJCL 6 (1957) S. 169 f.; Tedeschi S. 139-147; Popesco-Ramniceano S. 517-520.

36 Vgl. statt vieler von Tuhr/Peter § 41 bei N. 35: "Bei unerlaubten Handlungen gibt es keine Vertretung." Wörtlich ebenso Thiele § 164 Nr. 9.

37 Müller Freienfels S. 57 f.

Art Regelbildung für zukünftiges Verhalten, darstellt, ist das Delikt eine 'Tathandlung' ohne einen in der Zukunft zu verwirklichenden Sinngehalt.

- (2) Seine Folgen, die Schadensersatzpflichten (die Strafe), treten nicht gemäss, sondern gegen den faktischen Willen des Handelnden ein.
- (3) Ebenso wird beim Delikt der Dritte nicht gefragt, ob er statt des Täters eine dahinterstehende Person als die andere Parteilinie akzeptiert.
- (4) Dazu kommt, dass sich das Verbot der 'unerlaubten Handlungen' an jedermann richtet, die Folgen des Deliktes in aller Regel für den, der sie auf sich zieht, unerwünscht sind und Schuld immer etwas Persönliches ist ...
- (5) ... Eine Vollmacht zur Begehung rechtswidriger Taten ist daher ebenso ausgeschlossen, wie es keinen gültigen Vertrag mit rechtswidrigem Inhalt gibt."

Mit Ausnahme des vierten Argumentes beruhen all diese Beweisgründe auf einer mehr oder weniger engen Definition der Vertretung:

- Die Argumente (1) und (2) gehen von der apriorischen Definition der Vertretung als Vertretung beim Rechtsgeschäft aus. Dass Delikte Tathandlungen ohne einen in der Zukunft zu verwirklichenden Sinngehalt sind und ihre Folgen unabhängig vom faktischen Willen des Handelnden eintreten, besagt nicht mehr und nicht weniger, als dass Delikte keine Rechtsgeschäfte sind. Die "Regelbildung für künftiges Verhalten" durch den "faktischen Willen" der Beteiligten ist nichts als der Inhalt einer - übrigens bestrittenen³⁸ - Definition des Rechtsgeschäfts.
- Argument (3) beruht auf der Definition der Vertretung als "Handeln in fremdem Namen", einer Definition, die Müller-Freienfels selbst an anderer Stelle mit überzeugender

38 Vgl. Gysin S. 236-265 (=ZBJV 1929 S. 97-132).

Begründung verwirft.³⁹

- Argument (5) schliesslich bezieht sich nur auf privatwillkürlich begründete Vertretung und setzt daher implizite das Begriffsmerkmal der privatwillkürlichen Begründung voraus.

Alle diese einschränkenden Definitionen wurden oben als nicht allgemeingültig erkannt⁴⁰ und sind daher nicht geeignet, die Einbeziehung der Geschäftsherrenhaftung in das Vertretungsrecht a priori auszuschliessen.

Dies gilt nicht für Argument (4). Jedoch ist auch dieses Argument unbehelflich, denn es beruht auf dem Verschuldensdogma,⁴¹ das im modernen Haftpflichtrecht mit der fortschreitenden Anerkennung der Kausalhaftungen obsolet geworden ist. Je mehr der Akzent des Haftpflichtrechts auf der sozialen Funktion des Schadensausgleichs liegt und das pönale Moment in den Hintergrund tritt,⁴² desto weniger lässt sich das Dogma von der persönlichen Schuld als alleiniger Haftungsbegründung aufrechterhalten.

Gerade die Geschäftsherrenhaftung wird vielerorts - so von der h.L. in der Schweiz - als Kausalhaftung aufgefasst.⁴³

Zweigert/Kötz, die sich ebenfalls der Mühe unterziehen, die Abgrenzung der Vertretung von der Geschäftsherrenhaftung zu begründen, argumentieren wie folgt: Der Zurechnungsgrund sei einerseits "die Tatsache, dass der Geschäftsherr den Gehilfen mit der Anknüpfung rechtsgeschäftlicher Beziehungen zu Dritten **b e a u f t r a g t** hat, im andern Fall der Umstand, dass er einer unter seiner Kontrolle stehenden Hilfsperson eine Tätigkeit übertragen hat, bei der ein Dritter ...

39 Müller-Freienfels S. 17 ff.

40 S.O. 1.1.1.5. S. 24 f.

41 Oftinger I S. 15.

42 Oftinger a.a.O. S. 34 f.

43 Oftinger a.a.O. S. 17 f., Oftinger II/1 S. 96-99; vgl. auch Wolff 139 f.

geschädigt worden ist".⁴⁴ Auch hier wird das Element rechtsgeschäftlicher Beziehungen als begriffsnotwendig impliziert.

Nach alledem gehört auch die Geschäftsherrenhaftung in das Gebiet der Vertretung, und zwar zur Funktion der Vertretung im Interesse und zum Schutze Dritter.

1.1.2.4.3. Anscheinsvollmacht

Typisch für diese Funktion sind des weiteren die Fälle der Anscheinsvollmacht im Sinne des deutschen Rechts: "Nach ständiger Rechtssprechung und der h.M. im Schrifttum kann sich der Vertretene auf den Mangel der Vertretungsmacht des Vertreters nicht berufen, wenn er dessen wiederholtes und sich über einen gewissen Zeitraum erstreckendes Verhalten zwar nicht kannte, es aber bei Anwendung pflichtgemässer Sorgfalt hätte erkennen müssen und verhindern können, und wenn der Geschäftsgegner das Verhalten des Vertreters nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dahin auffassen durfte, dass es dem Vertretenen bei verkehrsgemässer Sorgfalt nicht habe verborgen bleiben können und dass dieser es also dulde."⁴⁵ Die Analogie der so verstandenen Anscheinsvollmacht zur deliktischen Haftung des Geschäftsherrn springt ins Auge. So schreibt denn auch Flume: "Nichterfüllung pflichtgemässer Sorgfalt ist ... nur Ansatzpunkt einer Haftung auf Schadensersatz ... Wer ... nur unbewusst durch Verletzung pflichtgemässer Sorgfalt den Anschein einer Vertretungsmacht, die er nicht selbst durch rechtsgeschäftlichen Akt begründet hat, nicht zerstört, gestaltet

44 Zweigert/Kötz II S. 116 (gesperrter Text im Original kursiv).

45 Thiele § 167 N. 51 mit Nachweisen; kritisch Flume § 49 4 S. 832-836; Soergel/Schultze-von Lasaulx § 167 N.17-39. Vgl. zur Anscheinsvollmacht auch:

In der Schweiz: Danuser S. 1 ff.; Schnurrenberger S. 64-85 mit umfassenden Nachweisen; von Tuhr/Peter § 42 I, besonders N. 17; ./.

nicht in Selbstbestimmung Rechtsverhältnisse, so dass auch die Regeln für Rechtsgeschäfte nicht eingreifen."⁴⁶ Wenn man sich auch mit diesem Schluss nicht einverstanden erklären kann, so ist doch augenfällig, dass der angeblich so grundlegende Unterschied von der Vertretung kraft Anscheinsvollmacht zum Schutze Dritter zu der Haftung des Geschäftsherrn für Delikte seiner Hilfspersonen eher ein fließender Uebergang ist.

Extrem breit wird das Anwendungsgebiet der Vertretung in Schutzfunktion im Interesse Dritter aber nach schweizerischem Recht, wenn man mit der herrschenden Lehre annimmt, dass die privatwillkürliche Begründung einer organisatorischen Vertretung an den Vertreter als ausschliesslichen Adressaten zu richten sei, und dass die Geltung externer Kundgabe einzig auf den Schutz gutgläubiger Dritter zurückzuführen sei.⁴⁷

Oser/Schönenberger Art. 32 N. 24, Art. 33 N. 9.

In Oesterreich: Koziol/Welser S. 137-139.

In Frankreich: Mazeaud N. 151 und 1391; Planiol/Ripert/Esmein No. 63 S. 70; vgl. auch Ferid S. 364 f. und die Nachweise bei Schnurrenberger S. 69 N. 26.

In Italien: Pugliatti S. 306 f.; Cariota-Ferrara S. 700-702.

In England: Anson/Guest S. 576-580; Cheshire/Fifoot/Furmston S. 435 f., 475-478; Powell S. 56-119; Stoljår S. 20-30; Bowstead/Griew Art. 5 S. 10 ff.

In den USA: Restatement § 8, § 27, § 194 ff.; Ferson Kap. 9 S. 228-246; Mechem § 245, § 720-726; vgl. auch die rechtsvergleichende Untersuchung von Tedeschi S. 78-87 und 91 f.

⁴⁶ Flume § 49 4 S. 834; vgl. auch Schnurrenberger S. 83. Zur Kontroverse im angelsächsischen Recht, ob die apparent authority deliktischer oder vertraglicher Natur sei, insbesondere Stoljår S. 30-32.

⁴⁷ Von Tuhr/Peter § 42 bei N. 8 und N. 27; Gauch/Schluep/Jäggi N. 773-792, besonders N. 785; Danuser S. 17; Schnurrenberger S. 36-39; Erb S. 106-108; Oser/Schönenberger Art. 32 N. 23, Art. 33 N. 17.

Diese Lehrmeinung ist m.E. unrichtig: Es ist durchaus möglich, ja häufig, dass der Prinzipal eine organisatorische Bevollmächtigung nach aussen bekanntgibt;⁴⁸ dadurch schafft er dem Vertreter Vertrauen und ermöglicht ihm eine noch bessere Wahrung der Interessen des Prinzipals. Schutzfunktion hat die externe Vollmacht nur, insoweit sie von der internen Vollmacht abweicht; hier hat die Gültigkeit der externen Vollmacht ihren Grund tatsächlich im Schutz gutgläubiger Dritter.⁴⁹ Konsequenz der h.L. wäre, dass jede externe Vollmacht ausschliessliche Schutzfunktion hätte und somit primär analog zur Geschäftsherrenhaftung nach OR 55 zu beurteilen wäre!

Ein Beispiel: Die Kundgebung nach aussen könnte nicht wegen Willensmängel angefochten werden,⁵⁰ dafür könnte sich der Prinzipal auf ausreichende cura in eligendo, instruendo et custodiendo berufen.

Dieses Ergebnis wäre für eine organisatorische Vertretung offensichtlich abwegig. Anders aber, wenn die externe Vollmacht von der internen abweicht: Was ist es anders als Verletzung einer Sorgfaltspflicht, wenn der Prinzipal Dritte absichtlich oder fahrlässig im unzutreffenden Glauben lässt, er habe seinen Vertreter in bestimmtem Umfang bevollmächtigt? Ist es nicht neglegentia in custodiendo, wenn er dem Vertreter nach Erlöschen der Vollmacht die Vollmachtsurkunde belässt?⁵¹ Wenn in solchen Fällen die Praxis den Prinzipal haftbar macht, hat sie ganz unbewusst die Analogie zu OR 55 gezogen.

Eine Konsequenz der hier vertretenen Ansicht ist des weiteren, dass bei der externen Vollmacht Willensmängel jedenfalls

48 Vgl. Lenel S. 14 ff. Zum Begriff der Vollmacht s.u. S. 55-58.

49 So zutreffend BGE 99 II 42: "... Art. 33 Abs. 3 dient dem Schutz des guten Glaubens im Verkehr, in erster Linie also dem Dritten." Vgl. auch BGE 88 II 422, 428 und Engel S. 265 f.

50 Gl. M. Schnurrenberger S. 38; a.M. von Tuhr/Peter § 42 bei N. 34a und Oser/Schönenberger Art. 32 N.28.

51 OR 36.

dann unbeachtlich sind, wenn sie von der internen Vollmacht abweicht.

Dieses Ergebnis ist die unabweisbare Konsequenz der bisherigen Untersuchungen: Zur Untersuchung der Funktionen der Vertretung ist ein allgemeingültiger Begriff der Vertretung erforderlich.⁵² Das rechtsgeschäftliche Handeln ist kein taugliches Element dieses Begriffs.⁵³ Somit existiert eine einheitliche Funktion der Vertretung im Interesse und zum Schutze Dritter, ob der Vertreter nun durch rechtsgeschäftliches oder durch deliktisches Verhalten Schaden stiftet. Die typische Interessenlage bei deliktischem Verhalten ist vom schweizerischen Gesetzgeber in OR 55 geregelt worden. Die Interessenlage bei rechtsgeschäftlichem Verhalten des Vertreters ist dieselbe und ein begrifflicher Unterschied a priori besteht nicht; wenn man nun mit der herrschenden Lehre die Wirkung der externen Vollmacht auf den Schutz Dritter zurückführt, dann muss man konsequenterweise die Wertungen des Gesetzgebers zur Vertretung in Schutzfunktion übernehmen, wie sie in OR 55 ausgesprochen sind.

Diese Argumentation versucht nicht "aus allgemeingültigen Begriffen allgemeingültige Rechtssätze abzuleiten",⁵⁴ sondern nur die Tragweite der Entscheidungen des Gesetzgebers zu einzelnen Interessenkonflikten aufzuzeigen. Der etwa erhobene Vorwurf, dies sei Begriffsjurisprudenz, trifft ins Leere.

Die Einheitlichkeit der Funktion der Vertretung zum Schutze Dritter ist zudem im angelsächsischen Rechtskreis weithin anerkannt. Bei rechtsgeschäftlichem Handeln des Vertreters wird nämlich der Dritte nicht nur geschützt, wenn er gutgläubig auf das Bestehen eines Vertretungsverhältnisses vertraut hat, sondern auch, wenn er von der Existenz des Prinzipals gar nichts wusste. Damit gelangt man auch im Bereich

52 S.O. S. 1 f.

53 S.O. S. 11-15.

54 Burckhardt. S. 7.

rechtsgeschäftlichen Handelns des Vertreters zu einer umfassenden Anwendung des Prinzips "respondeat superior". Der "leading case" ist der Fall *Watteau versus Fenwick*.⁵⁵ Bei diesem wohl berühmtesten Fall des englischen Vertretungsrechts ging es um folgenden Sachverhalt:⁵⁶

Ein gewisser Humble leitete eine Bierwirtschaft für den Beklagten. Das Patent lautete auf den Namen Humble, dessen Name auch über der Türe angeschrieben stand. Dass der Beklagte an dem Geschäft interessiert war, war nirgends ersichtlich. Humble "hatte keine Vollmacht, irgendwelche Waren für das Geschäft zu kaufen, ausgenommen Bier und Mineralwasser in Flaschen."

Trotzdem kaufte er Zigarren, und zwar auf seinen persönlichen Kredit, wie der Kläger zugab. Die Klage ging nun auf Rückzahlung des kreditierten Kaufpreises durch den Beklagten.

...

Die Klage wurde gutgeheissen.

Diese Rechtsprechung, die schon früher eingeleitet worden war,⁵⁷ ist in England wie in den Vereinigten Staaten herrschend geworden.⁵⁸ Den erwähnten Fall *Watteau vs. Fenwick* kann man noch allenfalls auf den Schutz guten Glaubens zurückführen, indem man z.B. wie folgt argumentiert: "A man conducting an apparently prosperous and profitable business obtains credit thereby, and his creditors have a right to suppose that his profits go into his assets for their

55 1893; 1. Queen's Bench Division 346.

56 Zit. nach Ferson S. 254 f., frei übersetzt vom Verfasser.

57 *Edmunds vs. Bushell and Jones*, Law Report 1. Queens's Bench, S. 97, Jahrgang 1869.

58 Vgl. insbesondere *Stoljär* S. 58 und den Appendix zum Restatement, § 194 ff. Gegen diese Rechtsprechung sind aber die kanadischen Gerichte, vgl. *Stoljär a.a.O.* In der Literatur: Dafür sind *Anson/Guest* S. 578-580, *Powell* S. 72 ff., *Stoljär* S. 55-59; für eine einschränkende Anwendung aber *Ferson* S. 254-258 und *Mechem* § 1767 f.

protection ...".⁵⁹ Dies ist aber nicht mehr möglich bei folgendem Beispiel des amerikanischen Restatement:⁶⁰ P beauftragt A, im eigenen Namen ein Pferd zu verkaufen und dabei zutreffende [sic] Angaben über die Mängelfreiheit zu machen. A weiss, dass das Pferd Mängel hat, sichert dem Dritten T aber Mängelfreiheit zu. T kauft das Pferd im Vertrauen auf diese Versicherung. P ist haftbar.

Kann man bei *Watteau vs. Fenwick* sagen, dass der Prinzipal durch die Einstellung des Geschäftsführers und dessen Ermächtigung zu selbständigem Handeln den Eindruck erweckt habe, dass das Geschäftsvermögen auch dem Vertreter gehöre und für dessen Schulden hafte,⁶¹ so hat im zweiten Beispiel T überhaupt keinen Grund, auf die Haftung des P zu vertrauen. Bei dieser Haftung handelt es sich wohlgerne um vertragliche, nicht um deliktische Haftung, wie das Restatement ausdrücklich betont.⁶²

Der Grundsatz, der hier zum Ausdruck kommt, ist folgender: Bei undisclosed agency ist der Prinzipal für alle rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen haftbar, die der Vertreter bei der Ausführung der ihm aufgetragenen Geschäfte eingeht, auch wenn der Prinzipal das Eingehen dieser Verpflichtungen im einzelnen verboten hat, w e n n diese einzelnen Verpflichtungen normalerweise zum aufgetragenen Geschäft gehören.⁶³

59 So ein Gerichtsentcheid aus Pennsylvania: *Hubbard vs. Tenbrook*, (1889) 124 Pennsylvania S.291, zit nach Stolljör S. 59.

60 Restatement § 196, Illustration 1., frei übersetzt vom Verfasser.

61 In diesem Sinne *Ferson* S. 255 f.

62 Restatement § 196: "In actions brought upon a contract or to rescind a contract ..." Comment a. zu § 196 sagt zudem folgendes: "The principal's ... liability in tort for unauthorized statements is stated in Sections 258-264."

63 So nahezu wörtlich Restatement § 194:
"A general agent for an undisclosed principal authorized to conduct transactions subjects his principal to liability for acts done on his account, if usual or necessary in such transactions, although forbidden by the principal to do them."

Einzigste Voraussetzung der Vertretung ist somit nur noch, dass der Prinzipal irgendwelche seiner Interessen durch den Vertreter wahrnehmen lässt und dieser irgendwelche Rechtsgeschäfte mit Dritten tätigt, sofern dies üblicherweise zu der Wahrung der betreffenden Interessen gehört. Wer bestimmte Geschäfte durch einen Strohhmann erledigen lässt, haftet für alle Verpflichtungen, die aus solchen Geschäften normalerweise entstehen können.

Damit ist der Schutz Dritter über die Fälle der Anscheinsvollmacht hinaus erweitert: Nicht nur der gutgläubige Dritte, der auf das Bestehen eines Vertretungsverhältnisses vertraut, wird geschützt, sondern jedermann, der mit einem arbeitsteilig organisierten Wirtschaftssubjekt in rechtsgeschäftliche Beziehungen tritt.

Weder das Auftreten des Vertreters im Namen des Prinzipals noch eine Ermächtigung noch auch nur ein Vertrauen des Dritten auf das Vorliegen einer Ermächtigung sind Voraussetzungen der Vertretung.

Damit wird die Haftung des Prinzipals für Rechtsgeschäfte seines Interessenvertreters der Deliktshaftung angeglichen. Hier gilt die Regel: "A master is subject to liability for the torts of his servants committed while acting in the scope of their employment."⁶⁴

Es bestehen also zwei Unterschiede zur oben dargelegten Haftung für Rechtsgeschäfte:

- Eine blosse Interessenvertretung genügt nicht, sondern der Vertreter muss ein "servant"⁶⁵ des Prinzipals sein;

64 Restatement § 219.

65 Dies bedeutet - ähnlich wie im schweizerischen Recht - ein Unterordnungsverhältnis von Geschäftsherr und "servant"; vgl. Restatement § 2 und 220. "A servant is an agent employed by a master to perform service in his affairs whose physical conduct in the performance of the service is controlled or is subject to the right to control by the master." (§ 2 Abs. 2).

- das Delikt muss "within the scope of ... employment" begangen werden.

Diese Unterschiede sind aber nur scheinbar.

Einerseits wird die Beschränkung der Deliktshaftung auf das Verhältnis von "master" und "servant" von gewichtigen Stimmen negiert. So schreibt Powell:⁶⁶ "... the rules governing liability for the torts of an independent contractor are, in their ultimate analysis, the same as the rules which govern liability for an agent-servant." Noch entschiedener: "There has never been a time when cases on master and servant were not cited as authority in the law of principal an agent, and vica versa."⁶⁷

Andererseits wird auch das Erfordernis, der Vertreter müsse "within the scope of his employment" - o.ä. - gehandelt haben, den Voraussetzungen für die Vertretung bei Rechtsgeschäften angeglichen. "... it begs the question: 'what is the servant employed to do?' That question can only be answered by considering the extent of both his authority and his usual authority."⁶⁸

Somit kann schliesslich geschlossen werden: "... liability for unauthorised torts is based on the same principles as liability for any other unauthorised acts."⁶⁹

Macht man sich diese Auffassung zu eigen - sie ist nicht unbestritten⁷⁰ -, so muss man zugeben, dass im angelsächsischen Recht eine einheitliche Funktion der Vertretung im Interesse und zum Schutz Dritter besteht.

Die strenge Unterscheidung zwischen Vertretung bei Rechtsgeschäften und sogenannter Geschäftsherrenhaftung ist damit

66 Powell S. 199 f.

67 Street, Foundations of Legal Liability, ii, S. 454, zit. nach Powell S. 8.

68 Powell S. 185 nach N. 2.

69 Powell S. 186 nach N. 2.

70 A.M. z.B. Ferson S. 11 f.: "But the two basic relations are strange bedfellows."

Ebenso auch Philip Mechem S.4 f., Fridman S.197 ff.

überwunden. Die Abgrenzung lässt sich wohl durchführen, wie die kontinentaleuropäischen Rechte zeigen; sie lässt sich sogar begrifflich allgemeingültig darstellen⁷¹ - dass sie aber vorzunehmen sei, ist keinesfalls a priori notwendig!⁷²

So schreibt denn auch der Herausgeber des amerikanischen Restatement, Seavey, wie folgt: "That there may be different reasons of policy in the two cases is clear, but it does not follow that a master is liable upon one ground and a principal upon another."⁷³

Die Vertretung in Schutzfunktion ist hier ausführlicher behandelt worden, als es ihr vom Thema der Arbeit her eigentlich gebührte. Ich hoffe indessen, dass an diesem Beispiel ersichtlich wurde, wie notwendig die oft mühsamen begrifflich-logischen Deduktionen sind, die ich leider sehr häufig vornehmen muss: Mit der Terminologie und den Denkweisen des einheimischen Rechts liessen sich derart fremdartige Institutionen, wie sie das angelsächsische Recht aufweist, gar nicht erfassen. Die Deduktion allgemeingültiger Begriffe a priori ist daher unentbehrlich.

1.1.2.5. Konkurrenz verschiedener Funktionen

Die dargestellten Funktionen entsprechen t y p i s c h e n Interessenkonstellationen und können daher im Einzelfall durchaus gleichzeitig nebeneinander vorliegen. So kann z.B. ein organisatorischer Vertreter durch Vertretung in seinem Interesse gleichzeitig für seine Mühe bezahlt werden, die zweckmässige Organisation eines Wirtschaftssubjekts kann gleichzeitig im Interesse Dritter liegen oder die zum Schutz Dritter gebotene Vertretung in Schutzfunktion kann auch der Organisation des Prinzipals dienen etc.

71 S.O.S. 15.

72 S.O. a.a.O.

73 Seavey S. 72; gl.M. auch Bowstead/Griew Art. 99 2. b, S. 224-226.

Was geschieht in solchen Fällen?

Die abstrakten Normen des positiven Rechts über die Vertretung regeln, unter welchen Voraussetzungen die Vertretung als Ausnahme von der generellen Zuordnung der Subjekte eintreten solle. Welches diese Voraussetzungen seien, muss wertend, in gerechter Abwägung der Interessen entschieden werden. Je nachdem, wessen Interesse von positivem Recht als zureichende Voraussetzung anerkannt worden ist, liegt Vertretung im typischen Interesse des Prinzipals, des Vertreters oder Dritter vor.⁷⁴

Wenn nun im Einzelfall nach den Wertungen des positiven Rechts das Interesse mehrerer Beteiligter das Eintreten der Vertretung rechtfertigt, dann liegt eine Doppel- oder Mehrfachfunktion der Vertretung vor. Es bestehen dann eben gleich zwei oder mehrere Komplexe von Umständen, die vom positiven Recht als zureichende Voraussetzung der Vertretung anerkannt worden sind: Somit tritt die Vertretung gleich aus mehreren Gründen ein.

Für das Recht der Vertretung bietet das Zusammenfallen mehrerer Funktionen im Einzelfall keine Schwierigkeiten,⁷⁵ wohl aber für die sonstigen rechtlichen Verhältnisse unter den Beteiligten. Diese sind indessen für das vorliegende Thema irrelevant.

74 S.o. S. 26 f.

75 Vgl. dazu Restatement § 27 Comment e. zum Fall gleichzeitigen Vorliegens von authority und apparent authority, d.h. von Vertretung in organisatorischer Funktion und in Schutzfunktion: "To the extent that they are the same, it is immaterial upon which grounds the principal is made a party to a transaction conducted by the agent. If they are different, the transaction is effective if the agent has either authority or apparent authority."

1.2. Vollmacht

1.2.1. Vertretungsmacht (Vollmacht i.w.S.)

1.2.1.1. Begriff

Die besondere Stellung des Vertreters, der durch sein Verhalten die Rechtsstellung des Prinzipals beeinflussen kann, wird Vertretungsmacht genannt.¹

Vertretungsmacht kommt definitionsgemäss jedem Vertreter zu; sie ist begriffsnotwendig kennzeichnende Eigenschaft des Vertreters. Der Begriff der Vertretungsmacht ist ausschliesslich aus dem Begriff der Vertretung definiert und ist somit analytisch gewonnen. Er sagt daher nichts Neues aus über das Wesen der Vertretung; will man die Vertretung aus der Vertretungsmacht erklären, so verfällt man in unfruchtbare Tautologien.² Der Begriff der Vertretungsmacht dient lediglich der terminologischen Bequemlichkeit. Synonym dafür wäre z.B. "Vertreterstellung".

Man hat verschiedentlich versucht, die Vertretungsmacht unter einen übergeordneten juristischen Begriff zu subsumieren, sei dies das subjektive Recht³ oder eine der Handlungsfähigkeit analoge "Fähigkeit".⁴

Die Vertretung ist aber definitionsgemäss eine Ausnahme von generellen Prinzipien des Rechts. Als solche ist sie eine singuläre Erscheinung.⁵ Die Abweichung vom Grundsatz der

1 Vgl. von Tuhr/Peter § 41 I 2.1.

2 Schlossmann S. 237-239.

3 So z.B. von Tuhr/Peter § 3 I und III; Enneccerus/Nipperdey § 75; von Tuhr (Festschrift) S. 60 N. 1; Windscheid/Kipp § 74 vor N. 1; weitere Nachweise siehe Müller-Freienfels S. 40 f. N. 31 und N. 33.

4 Oser/Schönenberger Art. 32 N. 13; Oertmann vor § 164 N. 3 b; Madray S. 201 f. ("aptitude").

5 Gl.M. Flume § 45 II 1 S. 784 f.

Selbstverantwortung ist eben deshalb eine Ausnahme, weil sie nicht auf allgemeinere Prinzipien zurückgeführt werden kann. Dementsprechend ist auch die Vertretungsmacht eine Rechtsstellung sui generis, ob man sie nun "Zuständigkeit",⁶ "Rechtsmacht"⁷ oder sonstwie nennt.⁸

1.2.1.2. Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis

Vertretungsbefugnis als "Dürfen" des Vertreters⁹ hat mit der Vertretungsmacht nichts zu tun. Der normative Begriff des Dürfens bezieht sich notwendigerweise auf ein menschliches Verhalten, nicht auf dessen rechtliche Auswirkungen.¹⁰ Es ist nur sinnvoll zu sagen "du darfst" oder "du darfst nicht", wenn der Adressat sich auch danach richten kann.

Die Rechtsfolgen eines bestimmten Verhaltens treten aber ein, weil das positive Recht es so bestimmt, unabhängig vom Willen des betreffenden Subjekts.

Das gilt auch für Rechtsgeschäfte: Die Rechtsfolgen treten ein, weil das positive Recht den Willensäußerungen der Privaten diese Folgen zuerkennt.¹¹

Die Frage, ob der Verteter durch sein Verhalten Rechtsfolgen beim Prinzipal hervorrufen "darf", ist falsch gestellt.

Die Rechtsordnung anerkennt diese Vertretungswirkung beim Vorliegen bestimmter Umstände; aber der Vertreter "darf" sich nur in bestimmter Art und Weise verhalten, widrigen-

6 Müller-Freienfels S. 65-103 spricht von "sekundärer Zuständigkeit".

7 Leonhard S. 7-9.

8 Thiele § 164 N. 73 f. spricht von Legitimation, ebenso Flume a.a.O. und Soergel/Schultze-von Lasaulx vor § 164 N. 20; in Italien Neppi S. 65 ("legittimazione" und "competenza") und Betti S. 219 und 559 f.; ähnlich schon Laband S. 240. Vgl. im übrigen die Kompilation bei Schnurrenberger S. 12-17.

9 Schnurrenberger S. 58-63.

10 Müller-Freienfels S. 75 f.

11 Burckhardt S. 17., besonders N. 1, und S. 21 N. 12.

falls er rechtlichen Sanktionen wie Strafe, Schadenersatz etc. ausgesetzt ist.

Es steht dem positiven Recht natürlich frei, die Vertretungswirkung nur anzuerkennen, wenn das Verhalten des Vertreters den rechtlichen Normen entspricht, mit anderen Worten, wenn er sich so verhält, wie er es "darf"; aber es muss dies nicht tun. Die Frage, ob ein Verhalten Vertretungswirkungen haben kann, ist begrifflich streng zu scheiden von der Frage nach dessen normativer Billigung.

1.2.1.3. Kritik des Begriffs der Vertretungsmacht

Der oben vorgestellte Begriff der Vertretungsmacht ist allgemeingültig, da er analytisch aus dem allgemeingültigen Begriff der Vertretung gewonnen worden ist. Er birgt jedoch eine grosse Gefahr: Die Gefahr der Einseitigkeit.

Die Vertretungsmacht ist der Inbegriff der Stellung des Vertreters und sagt daher nichts aus über die Stellung des Prinzipals. Der - meines Wissens nirgends verwendete - Begriff der "Prinzipalstellung" könnte genau dieselbe theoretische Bedeutung beanspruchen wie der gängige Begriff der Vertretungsmacht.

Die Fixierung auf die Vertretungsmacht entspringt der Repräsentationstheorie,¹² welche die Vertretung als "Handeln mit Fremdwirkung" begreift.¹³

Diese einseitige Haltung kommt auch zum Ausdruck in der Auffassung der Vertretungsmacht als "Können" des Vertreters: Der Vertreter "kann" die Rechtsstellung des Prinzipals beeinflussen.

Mit demselben Recht könnte man auch sagen: Der Prinzipal

12 S.o. S. 21-23.

13 S.o. a.a.O.

"kann" kraft seiner "Prinzipalstellung" seine Rechtsstellung durch den Vertreter beeinflussen lassen.¹⁴

Der Begriff der Vertretungsmacht ist daher ein Ausfluss aus der Dialektik der Vertretung.

Die "besondere Beziehung zwischen V und A, vermöge welcher ein Verhalten des V Rechtswirkungen für A hervorruft"¹⁵ wird durch den Begriff der Vertretungsmacht nur teilweise erfasst.

Besser scheint mir der Begriff " V e r t r e t u n g s v e r -
h ä l t n i s " , den ich im Folgenden verwenden werde.

Vertretungsverhältnis bedeutet weder ein Können noch ein Dürfen, sondern ist der Inbegriff sämtlicher Umstände, bei deren Vorliegen vom positiven Recht eine Diskrepanz der Subjekte von Verhalten und Rechtsfolgen anerkannt wird,¹⁶ d.h. aller Voraussetzungen der Vertretung. Das Vertretungsverhältnis ist also ein Tatbestand des objektiven Rechtes.¹⁷

14 Vgl. Müller-Freienfels S. 67 f. und Nachweise. "Dem organisatorischen 'rechtlichen Können' (power) des Vertreters auf Grund seiner Vertretungsmacht entspricht als Korrelat auf Seiten des Vertretenen eine 'Gebundenheit' (liability)." (Müller-Freienfels S. 67 bei N. 11 f.).

15 Von Tuhr § 84 bei N. 7 f.

16 In anderem Sinn verwendet Schlossmann II § 2-10 den Begriff des Vertretungsverhältnisses, ebenso Wolff S. 178-184.

17 Vgl. Schlossmann II § 1.

1.2.2. Vollmacht i.e.S.

1.2.2.1. Begriff

Ebenso wie bei der Vertretung ist auch bei der Vollmacht ein allgemeingültiger Begriff zu finden.¹ Dabei gelten dieselben grundsätzlichen Erwägungen: Der Begriff darf nicht empirisch gefunden werden und soll möglichst am allgemeinen Sprachgebrauch orientiert bleiben.²

Hier interessiert nur der Begriff der Vollmacht als Teil der juristischen Vertretung: Der Begriff muss einer analytischen Frage entsprechen, die sich a priori jedem Recht stellt, das die Vertretung kennt.

Da die Frage nach der Institution der Vertretung allgemeingültig ist, gilt dies auch für die daraus folgende analytische Frage.³

Da die Vertretung begriffsgemäss eine Ausnahme von einer generellen Regel⁴ bedeutet, stellt sich notwendigerweise die Frage, unter welchen Umständen eine solche Ausnahme eintreten solle.

Jedes positive Recht der Vertretung hat die Wahl, entweder diese Umstände objektiv und erschöpfend aufzuzählen, oder die Zulassung der Vertretung in bestimmtem Umfang von der Privatwillkür abhängig zu machen.⁵ Ein Drittes gibt es nicht.⁶

Zur Willensäusserung gehört begriffsnotwendig nebst einem bestimmten Inhalt ein bestimmtes äusserndes Subjekt; ohne diese beiden Komponenten kann eine Willensäusserung nicht individualisiert werden.

Werden nun die Umstände, bei denen Vertretung zugelassen sein

1 S.o. S. 1-5.

2 S.o. S. 5 bei N. 18.

3 S.o. S. 4.

4 S.o. S. 8.

5 Burckhardt S. 17 ff.

6 S.o. S. 12 bei N. 45 f.

soll, in Abhängigkeit von privaten Willensäusserungen bestimmt, so muss auch die Frage beantwortet werden, wessen Willensäusserung massgeblich sei. Diese Frage ist somit ebenfalls analytisch und letztlich - wenn auch mittelbar - aus dem Begriff des Rechts an sich abgeleitet; d.h. sie ist allgemeingültig.

Ihre Beantwortung muss als Rechtssatz abstrakt formuliert werden.⁷

An die Willensäusserung wird eine Diskrepanz der Subjekte von Verhalten und Rechtsfolge angeknüpft.

Das Subjekt der massgeblichen Willensäusserung muss also abstrakt in Relation zu diesen Subjekten bestimmt werden. Dies muss aber nicht durch eine generelle Regel geschehen; es ist durchaus möglich, für jeden Einzelfall die Willensäusserung eines anderen Subjektes als massgeblich zu erklären. Daher kann dieses Subjekt der Willensäusserung ohne weiteres von den Subjekten des Verhaltens und der Rechtsfolgen verschieden sein.⁸

Dabei sind nach den Regeln der Kombinatorik folgende Anknüpfungsmöglichkeiten denkbar:

1. Der geäusserte Wille des Prinzipals allein,
2. der geäusserte Wille des Vertreters allein,
3. der geäusserte Wille eines oder mehrerer Dritten allein,
4. der geäusserte Wille des Prinzipals und derjenige des Vertreters,
5. der geäusserte Wille des Prinzipals und derjenige eines oder mehrerer Dritter,
6. der geäusserte Wille des Vertreters und derjenige eines oder mehrerer Dritter,
7. der geäusserte Wille aller Beteiligten.

Für jeden dieser Fälle kommen zudem die verschiedensten Adressaten der jeweiligen Willensäusserung in Betracht.

⁷ S.o. S. 9 f.

⁸ S.o. a.a.O. für den gegenteiligen Fall.

Wird an den geäußerten Willen zweier oder mehrerer Beteiligter angeknüpft, so können unabhängige Willensäußerungen, ein Vertrag oder ein Gesamttakt vorliegen.

Anhand welcher Variante die Anknüpfung tatsächlich vorgenommen werden soll, lässt sich nur wertend entscheiden.

Dass z.B. zur Herbeiführung der Wirkungen der Vertretung das Auftreten in fremdem Namen, also der geäußerte Wille des Vertreters, massgeblich sei, ist durchaus nicht allgemeingültig, sondern Ergebnis der Wertung u.a. des schweizerischen Gesetzgebers.⁹

Dasselbe gilt beispielsweise von der Aussage des französischen Rechts, dass die Vertretung durch Vertrag zwischen Vertretenem und Vertreter begründet werde.¹⁰

Es lässt sich nicht logisch aus dem "Wesen der Vertretung" deduzieren, auf wessen Willensäußerung es ankommen solle, und noch weniger, ob bei diesen Willensäußerungen ihrerseits Vertretung - d.h. "Untervollmacht" oder "Substitution"¹¹ zulässig sei. Die Frage, wessen Willensäußerung massgeblich sei, kann daher nicht "richtig" oder "falsch" beantwortet werden.¹² Irgendwie muss sie aber von jeder Rechtsordnung, die Vertretung kennt, beantwortet werden, und sei es auch im Sinne, dass die Privatwillkür überhaupt keine Rolle spielen solle.

Dieser Frage entspricht der allgemeingültige Begriff der Vollmacht als "die einer andern person gegebene e r m ä c h t i g u n g z u r v e r t r e t u n g d e s e r m ä c h t i g e n d e n . . . ".¹³

9 OR 32 I.

10 Ccf. 1984 II.

11 Müller-Freienfels S. 28 f.

12 A.M. Müller-Freienfels S. 23, S. 211; Schlossmann I § 11 ff.

13 Deutsches Wörterbuch von Jacob Grimm und Wilhelm Grimm, Band XII/2 (Leipzig 1951) S. 699 am Ende.
Hervorhebung vom Verfasser.

Um diese "ermächtigung" als H a n d l u n g von dem daraus entstehenden Zustand zu unterscheiden, nennt man sie gewöhnlich Bevollmächtigung.¹⁴

Die Bevollmächtigung ist somit die Willensäußerung des Prinzipals, die entweder allein oder mit anderen Willensäußerungen oder objektiven Umständen zusammen vom positiven Recht als Bestandteil eines Vertretungsverhältnisses anerkannt wird.

Die logische Hierarchie der Fragen an das materielle Recht und der entsprechenden Begriffe stellt sich also wie folgt dar:

- Jedes Recht muss sich über die Zuordnung der Subjekte von Verhalten und Rechtsfolgen aussprechen. Entscheidet es sich für eine Zuordnung im Sinne einer allgemeinen Regel, die aber Ausnahmen zulässt, so entscheidet es sich gleichzeitig für die Zulassung der Vertretung.¹⁵
- Jedes Recht, das die Vertretung zulässt, muss bestimmen, wann diese Ausnahme eintreten solle. Wenn die Willensäußerung des Prinzipals allein oder unter anderem als massgeblich anerkannt wird, so ist damit die Bevollmächtigung anerkannt.

1.2.2.2. Rechtsfolgen der Bevollmächtigung

1.2.2.2.1. Vollmacht des Vertreters

Die Bevollmächtigung hat zur Rechtsfolge, dass nunmehr eine der Voraussetzungen erfüllt ist, von denen das positive Recht die Entstehung eines Vertretungsverhältnisses abhängig macht; nämlich die Willensäußerung des Prinzipals. Wenn die Bevollmächtigung einmal ausgesprochen ist, braucht es eine Voraussetzung weniger, dass beim Prinzipal Rechtsfolgen aus dem

¹⁴ Von Tuhr/Peter § 42 vor N. 3; Flume § 49 1.

¹⁵ S.o. S. 5-10.

Verhalten des Vertreters eintreten.

Dies betrifft sowohl den Prinzipal wie den Vertreter.

Der Prinzipal hat alles getan, was an ihm liegt, um Vertretung zu bewirken. "Er ist als passiv beteiligtes Subjekt gegnerischem Können ausgesetzt."¹⁶ "Weder kann der Prinzipal nunmehr rechtlich den Vertreter an der Zuordnung hindern (wenn er nicht ein Widerrufsrecht hat und rechtzeitig widerruft), noch kann er den Vertreter zum Handeln bringen."¹⁷

Für den Vertretenen besteht die Rechtsfolge der Bevollmächtigung daher in einer Gebundenheit.

Umgekehrt hat der bevollmächtigte Vertreter die Möglichkeit, durch sein Verhalten Rechtsfolgen beim Prinzipal hervorzurufen, ohne in jedem Einzelfall auf dessen Einverständnis angewiesen zu sein; er hat "the power ... to affect the legal relations of the principal by acts done in accordance with the principal's manifestations of consent to him".¹⁸

Diese "Kraft" des Vertreters, im angelsächsischen Sprachraum "authority" genannt, ist die deutsche **V o l l m a c h t**. Sie ist nicht etwa "die Rechtsfolge" der Bevollmächtigung, sondern nur die Rechtsfolge für den Vertreter! Der Begriff der Vollmacht ist daher genauso einseitig wie der Begriff der Vertretungsmacht nur auf den Vertreter bezogen. Er ist aber allgemeingültig, da er der analytischen Frage nach dem Subjekt der Rechtsfolgen der Bevollmächtigung entspricht: Die Bevollmächtigung ist ein allgemeingültiger Begriff, und dasselbe gilt für den Begriff der Subjekte ihrer Rechtsfolgen.

16 Müller-Freienfels S. 68 bei N. 14a.

17 A.a.O. bei N. 16.

18 Restatement § 7.

1.2.2.2.2. Vollmacht und Vertretungsmacht

In diesem allgemeingültigen Sinn ist die Vollmacht nicht identisch mit einer "durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht".¹⁹

Dies ist nur der Fall, wenn die Bevollmächtigung die einzige Voraussetzung des positiven Rechts zur Vertretung ist. Das positive Recht kann aber die Zulassung der Vertretung an beliebige objektive und subjektive Voraussetzungen knüpfen, von denen die Bevollmächtigung nur ein Teil ist. Ein Beispiel ist das schweizerische Recht, das zur wirksamen Vertretung ein Handeln im Namen des Prinzipals verlangt.²⁰ Somit müssen bei Verträgen auch die Dritten damit einverstanden sein, dass die Rechtswirkungen des Vertrages beim Vertretenen eintreten; andernfalls kann mangels Konsens gar kein Vertrag entstehen.

Somit ist nach der Bevollmächtigung allein noch keineswegs sicher, dass Vertretung eintreten wird. Die Bevollmächtigung an und für sich begründet noch nicht "die Beziehung zwischen V und A, vermöge welcher ein Verhalten des V Rechtswirkungen für A hervorruft",²¹ also keine Vertretungsmacht.

Man könnte natürlich die Bevollmächtigung entsprechend anders definieren als die Willensäußerung des Prinzipals, die für sich allein zureichende Voraussetzung der Vertretung ist.

Dann aber wäre die Vollmacht nach schweizerischem Recht keine Vollmacht in diesem Sinn, da normalerweise für die Entstehung eines Vertretungsverhältnisses nicht nur Vollmacht, sondern auch Auftreten in fremdem Namen erforderlich ist.²²

19 BGB 166 II.

20 OR 32 I; von Tuhr/Peter § 44 I.

21 So die Definition der Vertretungsmacht nach von Tuhr § 84 bei N. 7 f.

22 S.O. N. 20.

Eine derartige Definition der Bevollmächtigung, die es erlaubt, die Vollmacht als rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht zu bezeichnen, ist nicht "falsch". Auch sie entspricht einer Frage, die sich für jedes Vertretungsrecht stellt, und ist somit allgemeingültig. Sie widerspricht aber dem gängigen Sprachgebrauch und ist daher nicht zweckmässig.²³

1.2.2.3. Bevollmächtigung als Rechtsgeschäft

Die Bevollmächtigung ist nach deutschem Sprachgebrauch eine Willensäußerung des Prinzipals, an die - allein oder unter anderem - das positive Recht die Entstehung eines Vertretungsverhältnisses knüpft.

Ist diese Willensäußerung ein Rechtsgeschäft?

Auch hier kann das Rechtsgeschäft nicht als empirischer Begriff verstanden werden, sondern nur in seinem vorpositivrechtlichen Sinn.

In Anlehnung an Burckhardt und Gysin wurde das Rechtsgeschäft oben definiert als Typ eines Verhaltens, in dem eine soziale Willensäußerung liegt, und dessen Rechtsfolge eine vom positiven Recht derart sanktionierte Rechtsgestaltung ist, dass der jeweils gewollte wirtschaftlich-soziale Effekt erreicht wird.²⁴

Die klassische Definition als eine "auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete Willensäußerung"²⁵ ist von Gysin²⁶ m.E. endgültig widerlegt worden: Der Wille, bestimmte Rechtsfolgen herbeizuführen, fehlt immer bei der Willensbetätigung und meistens bei den alltäglichen Rechtsgeschäften.

23 S.o. S. 5 bei N. 18.

24 S.o. S. 11-15.

25 Windscheid/Kipp § 69 bei N. 1 ff.; Puchta § 49; Savigny, System, Bd. III § 104.3 bei N. f. Vgl. auch von Tuhr/Peter § 20 bei N. 2a und in Italien v.a. Cariota-Ferrara S. 54 f. (No. 15).

26 Gysin S. 236-265 (= ZBJV 1929 S. 97-132).

Die Bevollmächtigung ist also dann ein Rechtsgeschäft, wenn sie einerseits bestimmte rechtsgestaltende Rechtsfolgen nach sich zieht, und wenn andererseits diese Rechtsfolgen eintreten, um den wirtschaftlich-sozialen Willen des Vollmachtgebers durchzusetzen.²⁷

Rechtsfolge der Bevollmächtigung ist, dass ab sofort zur Entstehung des Vertretungsverhältnisses keine Willensäußerung des Prinzipals mehr erforderlich ist, dass also dieselbe Rechtslage entsteht, wie wenn das positive Recht dem Willen des Prinzipals keine Bedeutung beimessen würde.

Dies ist durchaus eine selbständige Rechtsgestaltung; die Rechtslage ist infolge der Bevollmächtigung anders als vorher: Vorbehältlich allfälligen Widerrufs²⁸ ist nun die Entstehung des Vertretungsverhältnisses der Privatwillkür des Prinzipals entzogen.

Die eventuelle Möglichkeit eines Widerrufs ändert nichts an der Tatsache, dass eine grundverschiedene Rechtslage vorliegt: Genügte bis anhin ein passives Verhalten des zukünftigen Prinzipals, um die Entstehung eines Vertretungsverhältnisses zu verhindern, so muss er jetzt aktiv tätig werden.

Die Selbständigkeit der Rechtsfolge der Bevollmächtigung zeigt sich insbesondere bei der Vertretung im Interesse des Vertreters; ein zessionsähnliches mandatum in rem suam stellt z.B. einen selbständigen Vermögenswert für den Vertreter dar.²⁹ Somit hat die Bevollmächtigung eine selbständige, rechtsgestaltende Rechtsfolge.

Dass diese Rechtsfolge an sich gewollt sei, ist nicht notwendig.³⁰ Um die Bevollmächtigung als Rechtsgeschäft bezeichnen zu können, muss ich nur nachweisen, dass diese Rechtsfolge eintritt, um einen wirtschaftlich-sozialen Willen des Prinzi-

27 Vgl. Müller-Freienfels S. 194 am Anfang, der aber von dem klassischen Rechtsgeschäftsbegriff ausgeht.

28 S.u. S. 75-82.

29 Müller-Freienfels S. 194 bei N. 14.

30 S.o. bei N. 24 ff. und S. 11-15.

pals zu sanktionieren. Der beabsichtigte Effekt der Bevollmächtigung entspricht den Funktionen der Vertretung:³¹ Der Prinzipal will sich z.B. organisieren.

Mit der Aeusserung seines Willens hat der Prinzipal alles getan, was von ihm verlangt wird, um die angestrebten Wirkungen herbeizuführen; ab jetzt hängt das Eintreten dieser Wirkungen nur noch von Umständen ab, auf die er keinen direkten Einfluss hat. Diese Rechtsfolge ist zu Erreichung des gewollten Zwecks implizite notwendig, was bedeutet, dass ihr Eintreten den Willen des Prinzipals sanktioniert.

Schnurrenberger meint, wenn die Rechtswirkung der Bevollmächtigung kein subjektives Recht sei, "so würde man dadurch grundsätzlich gezwungen, den rechtsgeschäftlichen Charakter der Bevollmächtigung abzulehnen ...".³²

Diese Formulierung ist m.E. unzutreffend.

Wohl ist es richtig, dass ein Rechtsgeschäft niemals objektives Recht begründen oder modifizieren kann. "Ein Rechtsgeschäft setzt immer eine Norm voraus und stellt sich als deren Anwendung auf einen besonderen Fall dar."³³ Die rechtsgestaltenden Wirkungen eines Rechtsgeschäfts treten eben darum ein, weil das objektive Recht es so bestimmt.³⁴ Auch wenn durch Rechtsgeschäft abstrakte Regeln - wie z.B. Vereinsstatuten³⁵ - begründet werden, haben diese Regeln doch das gesamte objektive Normengefüge des positiven Rechts zur Voraussetzung und sind ihm daher im Range nachgestellt.

Ein Rechtsgeschäft kann nicht seine eigenen Voraussetzungen bestimmen und erzeugt daher niemals objektives Recht.

31 S.O. S. 26-50 und unten S. 83-85.

32 Schnurrenberger S. 20 vor N. 4 und S. 14-17.

33 Burckhardt S. 80 am Anfang.

34 S.O. S. 52 und Burckhardt S. 18 N. 1.

35 Von Tuhr/Peter § 20 bei N. 6.

Sowohl das objektive Recht wie die Rechtsgeschäfte statuieren bestimmte Regeln über die Zuordnung von Verhalten und Rechtsfolgen,³⁶ aber die rechtsgeschäftlichen Regeln sind von den objektivrechtlichen Regeln abhängig.

Wird nun daraus gefolgert, ein Rechtsgeschäft könne nur subjektive Rechte begründen, aufheben oder sonstwie verändern, so setzt man damit voraus, dass eine Rechtsgestaltung überhaupt nur entweder objektives Recht oder subjektive Rechte betreffen könne. Wenn der Gegensatz der Gestaltung objektiven Rechts und subjektiver Rechte ausschliesslich wäre, dann wäre tatsächlich die Gestaltung subjektiver Rechte notwendige Rechtsfolge aller Rechtsgeschäfte; denn irgendeine Rechtsgestaltung objektiven Rechts ist ausgeschlossen.

Unter welchen Voraussetzungen ist nun der erwähnte Gegensatz ausschliesslich? "Wenn jemand sagte, ein jeder Körper riecht entweder gut, oder er riecht nicht gut, so findet ein Drittes statt, nämlich dass er gar nicht rieche (ausdufte), und so können beide widerstreitende Sätze falsch sein. Sage ich, er ist entweder wohlriechend, oder er ist nicht wohlriechend (vel suaveolens vel non suaveolens): so sind beide Urtheile einander contradictorisch entgegengesetzt ..."³⁷

Die kontradiktorische Opposition (aut a aut non a) wird von Kant³⁸ analytische Opposition genannt, ihr Gegenteil (aut a aut b) aber dialektische Opposition.

"Also können von zwei dialektisch einander entgegengesetzten Urtheilen alle beide falsch sein, darum weil eines dem andern nicht bloss widerspricht, sondern etwas mehr sagt, als zum Widerspruche erforderlich ist."³⁹

Die Zuordnung von Verhalten und Rechtsfolgen kann entweder

36 S.o. S. 6.

37 Kant S. 342.

38 Kant a.a.O.

39 Kant a.a.O.

in Abhängigkeit vom Willen der Einzelnen erfolgen oder aber nicht.⁴⁰ Im ersten Fall spricht man von rechtsgeschäftlicher Zuordnung, im zweiten Fall von objektivrechtlicher Zuordnung.⁴¹ Dieser Gegensatz ist analytisch.

Folglich steht die Gestaltung subjektiver Rechte dann in kontradiktorischem, analytischem Gegensatz zu der Gestaltung objektiven Rechts, wenn man sie als Inbegriff aller rechtsgeschäftlicher Rechtsgestaltung definiert.

Dann gehört die Gestaltung - Begründung, Aufhebung oder Modifikation - subjektiver Rechte allerdings per definitionem zum Begriff des Rechtsgeschäfts; da sie selbst aber aus diesem Begriff definiert ist, kann sie nicht ihrerseits zur Definition des Rechtsgeschäfts dienen. Wenn gestützt auf eine solche Definition der Gestaltung subjektiver Rechte behauptet wird: "Das Geschäft x gestaltet keine subjektiven Rechte, folglich ist es kein Rechtsgeschäft", dann liegt ein klassischer Zirkelschluss vor.

Definiert man das subjektive Recht hingegen anders, sei es als rechtlich geschütztes Interesse,⁴² als Willensmacht⁴³ oder als Normsetzungsbefugnis,⁴⁴ so wird der Gegensatz von objektivem und subjektivem Recht zur dialektischen Opposition. Es ist durchaus denkbar, dass ein Rechtsgeschäft weder objektives Recht noch subjektive Rechte in diesem Sinne gestaltet.

Das subjektive Recht ist somit nur dann ein notwendiges Begriffselement des Rechtsgeschäfts, wenn es seinerseits aus dem Begriff des Rechtsgeschäfts definiert ist!

40 S.o. S. 12 bei N. 45 f.

41 S.o. a.a.O.

42 Jhering (1871) S. 392 ff.

43 Savigny, System I § 4 und § 52 f.; Puchta, Institutionen I § 6, § 23 f.; Windscheid/Kipp § 37 N. 3.

44 Bucher S. 55f.

Der Begriff des subjektiven Rechts kann daher in keinem Fall zur Definition des Rechtsgeschäfts dienen. Mithin ist zur Qualifikation der Bevollmächtigung als Rechtsgeschäft unbeachtlich, ob sie ein subjektives Recht begründe oder nicht. So hat die heute wohl herrschende Lehre keine Bedenken, einerseits die Bevollmächtigung als Rechtsgeschäft zu bezeichnen und andererseits ihren Folgen - als die sie die Vertretungsmacht auffasst - den Charakter eines subjektiven Rechts abzusprechen.⁴⁵

Aus all diesen Gründen ist die Bevollmächtigung ein Rechtsgeschäft.⁴⁶

1.2.2.4. Bevollmächtigung als abstraktes Rechtsgeschäft

Die viel umstrittene Frage nach der Abstraktion der Bevollmächtigung⁴⁷ von den allfälligen vertraglichen Grundverhältnissen ist in Wahrheit ein Scheinproblem.

45 In der Schweiz: Oser/Schönenberger Art. 32 N. 13 und N. 18-20;

In Deutschland: Flume § 49 S. 822 ff. und § 45 II 1 S. 784 f.; Thiele § 167 N. 5 und § 164 N. 73 f.; Soergel/Schultze-von Lasaulx § 167 N. 1 und vor § 164 N. 20; Larenz § 31 II S. 539 und § 30 II a S. 517 f.; Müller-Freienfels S. 192-202 und S. 40-47.

In Italien: Messineo S. 236; Cariota-Ferrara S. 630 f. (No. 132 b 2 Beta).

Als subjektives Recht bezeichnen die "Vertretungsmacht" insbesondere: von Tuhr/Peter § 3 III; Engel S. 263; Zikos S. 3; Enneccerus/Nipperdey § 184 5 a I S. 1129; von Tuhr (Festschrift) S. 60 N. 1.

46 Gl. M. ausser den in N. 45 zitierten Autoren:

Becker Art. 32 N. 2; Koziol/Welser S. 135 f.

Vgl. auch OR 34 I und BGB 166 I.

Vgl. im übrigen die Nachweise bei Schnurrenberger S. 18 N. 1-3 und bei Müller-Freienfels S. 192 N. 5 f.

A.M. insbesondere Gautschi Art. 396 N. 12.

47 Vgl. insbesondere die rechtsvergleichende Uebersicht bei Müller-Freienfels, AJCL 1964, S. 193-215 und S. 341-359. Neuere Literatur zur Abstraktion der Bevollmächtigung: ./.

Der soeben entwickelte Begriff der Bevollmächtigung ist allgemeingültig und selbständig; er enthält keinerlei Grundverhältnisse als notwendige Begriffsmerkmale. In diesem Sinn ist die Bevollmächtigung als Begriff vollständig abstrakt.

Die Bevollmächtigung kann folglich vom positiven Recht völlig unabhängig von irgendwelchen Grundverhältnissen geregelt werden; aber das muss nicht sein. Ob die Bevollmächtigung nicht nur begrifflich, sondern auch materiell abstrakt sein solle, lässt sich nicht analytisch bestimmen.⁴⁸

-
- In der Schweiz: Pro: Von Tuhr/Peter § 42 II bei N. 30 f.; Gauch/Schluep/Jäggi S. 166 N. 738; Erb S. 91 f.; Engel No. 79 S. 264 f.; und die Kommentare Oser/Schönenberger Art. 32 N. 27, Art. 34 N. 2; Becker Art. 32 N.2;
Contra: Gautschi Art. 396 N. 9c und N. 11; Schnurrenberger S. 86-125 mit umfassendem Nachweis der deutschen und schweizerischen Lehre bis 1969.
- In Deutschland: Pro: Flume § 50 S. 839-845; Thiele § 164 N. 99-111; Soergel/ Schultze-von Lasaulx vor § 164 N. 50. Vgl. Schnurrenberger a.a. O.; gemässigt Larenz § 31 I a S. 534-537.
- In Frankreich: Nur begriffliche, nicht materielle Abstraktion bei: Planiol/Ripert/Esmein No. 55 S. 62; No. 62 S. 67 f.; weniger klar Planiol/Ripert/Boulanger No. 135 S. 53; überhaupt nicht abstrahiert Carbonnier No. 136 S. 458; vgl. Ferid 1E341 S. 363 und Müller-Freienfels S. 3 N. 24.
- In Italien: Pro: Messineo S. 237 f.; Neppi S. 66 f.; Contra: Pugliatti S. 157-212 (im Sinne Schlossmanns), beso. S. 159.
- In England: Begriffliche Abstraktion; "authority" kann aus dem Grundverhältnis als implied authority oder usual authority hervorgehen: Powell S. 35-37, S. 41 f.; Stoljår S. 20, S. 88-90; Anson/Guest S. 572. Cheshire/Fifoot/Furmston abstrahieren nicht: S. 450.
- In den USA: Grundsätzlich wie in England: Restatement § 7 und Comment § 15 f.; Person abstrahiert materiell S. 216 f.; Mechem § 26, § 30 f, § 568.

⁴⁸ S.o. S. 2 f. und Kant S. 79 f.

Diese Entscheidung ist synthetisch und vom positiven Recht im Sinne der Gerechtigkeit wertend zu treffen.

1.2.2.5. Dauer der Wirkungen der Bevollmächtigung

1.2.2.5.1. Bevollmächtigung als einmalige Willensäußerung

Das positive Recht kann den Willen Privater als Voraussetzung der Vertretung akzeptieren oder nicht.⁴⁹ Akzeptiert es ihn in dieser Rolle, so muss der Wille in einer Äusserung manifestiert sein.⁵⁰ Ist es der Wille des Prinzipals, der zur Entstehung eines Vertretungsverhältnisses notwendig ist, so wird die Äusserung dieses Willens "Bevollmächtigung" genannt.⁵¹

Ist der Wille einmal geäußert, so ist und bleibt grundsätzlich diese Äusserung massgeblich. Was der Prinzipal nachträglich über die Bevollmächtigung denkt, ist nur ihm selber bekannt und kann daher nicht das Verhalten Aussenstehender normieren, somit auch nicht die Zuordnung der Subjekte von Verhalten und Rechtsfolgen regeln.⁵²

Der geäußerte Wille als Inhalt der Willensäußerung kann grundsätzlich auf zwei Arten bestimmt werden:

- Als der Wille, der in einem zeitlich festgelegten Verhalten zum Ausdruck kommt. In diesem Fall steht der Inhalt der Äusserung erst mit Ablauf der Frist fest und kann bis dahin jederzeit geändert werden.
- Als der Wille, der in einem zeitlich unbestimmten Verhalten zum Ausdruck kommt. Der Wille steht fest, sobald er aus dem Verhalten eindeutig hervorgeht; ein nachträgliches widersprechendes Verhalten ist zunächst belanglos und stellt allenfalls eine neue, eigenständige Willensäußerung dar.

49 S.o. S. 55 bei N. 4-6.

50 S.o. S. 12 bei N. 47.

51 S.o. S. 55-58.

52 S.o. S. 12 bei N. 47.

Eignen sich beide Bestimmungsarten für eine allgemeingültige Definition der rechtsgeschäftlichen Willensäusserung und insbesondere der Bevollmächtigung?

Für das Recht allgemein gilt folgendes:⁵³

Das Recht ordnet die Legalität des Verhaltens und verknüpft zu diesem Zweck bestimmte Verhaltensweisen mit bestimmten Rechtsfolgen. Es muss also einerseits die Zuordnung von Verhalten und Rechtsfolgen und anderseits die Zuordnung derer Subjekte regeln. Die Bestimmung des Verhaltens in der Zeit ist dazu nicht unbedingt notwendig.

Insbesondere für das Recht der Rechtsgeschäfte gilt:⁵⁴

An die Willensäusserung als massgebliches Verhalten wird als Rechtsfolge eine Aenderung der rechtlichen Normenordnung angeknüpft.⁵⁵ Der Inhalt dieser Aenderung kann nur in Abhängigkeit vom Inhalt der Willensäusserung bestimmt werden. Das Recht muss hier also einerseits die betreffenden Subjekte verknüpfen und anderseits die Frage beantworten, welche Rechtsänderung aus welchem geäusserten Willen folge. Die Antwort muss als Rechtssatz abstrakt formuliert sein. Der formale Mindestinhalt eines solchen Rechtssatzes ist somit: Diese Rechtsänderung trifft dieses Subjekt, wenn jenes Subjekt folgenden Willen äussert ...

Es sind also insgesamt vier Grössen zu bestimmen: Die beiden Subjekte, die Rechtsfolge und der Inhalt der Willensäusserung.

Dies genügt aber auch zur eindeutigen Formulierung des Rechtssatzes; sind diese vier Elemente bestimmt, so ist sowohl die Subsumtion konkreter Sachverhalte wie auch die durchsetzbare Konkretisierung der Rechtsfolge eindeutig möglich.

53 S.o. S. 6 f.

54 S.o. S. 12 f.

55 Diese Rechtsgestaltung ist aber nur insoweit möglich, als sie das objektive Recht zulässt. Sie begründet daher nicht selbst objektives Recht (s.o. S. 63 nach N. 32).

Die Bestimmung dieser vier Elemente bleibt auch notwendig, wenn weitere Angaben hinzutreten. Insbesondere kann die zeitliche Bestimmung der Willensäußerung nicht die Angabe ihres Inhalts ersetzen, wie im Folgenden zu zeigen ist.

Wenn der Wille als Ausdruck eines zeitlich begrenzten Verhaltens bestimmt wird, ist damit über seinen Inhalt noch nichts ausgesagt. In der bestimmten Zeitspanne kann das Subjekt ja Beliebiges äussern, und was es tatsächlich geäußert hat, ist nur in concreto feststellbar. Der Inhalt der Äußerung muss aber in abstracto bestimmbar sein, um Teil einer Rechtsnorm sein zu können.

Die Angabe der Zeit *a n s t e l l e* des Inhalts der Willensäußerung genügt also nicht. Wird die Willensäußerung *z u s ä t z l i c h* zur Angabe ihres Inhalts auch noch zeitlich lokalisiert, so ist dies ein neues, synthetisches Element.

Der Begriff des Rechtsgeschäfts und damit der entsprechenden Willensäußerung ist die Antwort auf die allgemeingültige Frage nach dem Umfang der objektivrechtlichen Regelung; diese Frage kann beantwortet werden, ohne die Zeit auch nur zu erwähnen. Der Begriff der Zeit ist im Begriffe des Rechts nicht enthalten,⁵⁶ so dass die Frage nach der Zeit eines rechtlich relevanten Verhaltens synthetisch ist.

Wohl ist die Zeit eine "formale Bedingung a priori aller Erscheinungen"⁵⁷ und damit auch der zu regelnden Verhaltensweisen, aber nur in bezug auf die Anschauung einer Erscheinung in concreto.

Das Recht abstrahiert aber gerade von den "subjectiven Bedingungen der Anschauung"⁵⁸ der einzelnen Tatbestände, mit- hin auch von deren zeitlicher - und räumlicher - Lokalisierung.

56 S.o. S. 5 bei N. 15 ff.

57 Kant S. 59.

58 Kant S. 58.

Die Zeit ist daher niemals Bestandteil eines allgemeingültigen Rechtsbegriffs.

Aus dieser Erkenntnis lassen sich folgende zwei Fragen beantworten:

- Macht es etwas aus, ob die Bevollmächtigung vor oder nach dem Verhalten geäußert wird, dessen Rechtsfolgen beim Prinzipal eintreten sollen?
- Was geschieht, wenn der Prinzipal oder jemand anders nachträglich den Willen äussert, die Folgen der Bevollmächtigung seien rückgängig zu machen?

Die erste Frage führt zur Abgrenzung von Bevollmächtigung und Genehmigung, die zweite führt zum Problem des Widerrufs der Bevollmächtigung.

1.2.2.5.2. Bevollmächtigung und Genehmigung

Die Bevollmächtigung als einmalige Willensäußerung lässt sich zeitlich exakt lokalisieren. Soll dies im Rahmen eines abstrakten Rechtssatzes geschehen, so muss die Zeit in Relation zu einem abstrakt bestimmbareren Termin bestimmt werden.⁵⁹ Dazu bietet sich der Zeitpunkt des Verhaltens des Vertreters an, das beim Vorliegen eines Vertretungsverhältnisses Rechtsfolgen für den Prinzipal erzeugt.

Im deutschen Rechtskreis spricht man bei einer Bevollmächtigung ex post von einer Genehmigung.⁶⁰ Dem Begriffspaar von Bevollmächtigung ex ante und Genehmigung entsprechen die Begriffe von *mandatum* und *ratihabitio* im römischen Recht, von *procuratio* und *ratification* im französischen Recht,⁶¹ von *procura* und *ratifica* im italienischen Recht⁶² und von *authority* und *ratification* im angelsächsischen Recht.⁶³

59 S.o. S. 9 und S. 70.

60 Vgl. statt vieler OR 38 und insbesondere die Terminologie des BGB: § 177, 182-184.

61 Ccf. 1984 und 1998.

62 Cci. 1399.

63 Vgl. den englischen leading case *Wilson vs. Tunman* (1843), 6 Manning & Granger 236 ff. und besonders 242; *Restatement* § 82.

Fraglich ist, ob diese Unterteilung allgemeingültig ist.

Die deutsche Lehre hat sich verschiedentlich mit diesem Problem befasst, ohne zu einem einhelligen Standpunkt zu gelangen.⁶⁴

Für eine begriffliche Abgrenzung sprechen sich auch massgebende amerikanische Autoren aus.⁶⁵

Von den gewichtigsten Stimmen in Frankreich, Italien und England werden Genehmigung und Bevollmächtigung jedoch als zwei Seiten desselben Begriffs aufgefasst.⁶⁶

64 Die heute wohl überwiegende Meinung verfährt eine begriffliche Trennung: Flume § 54 6 a; Thiele § 177 N. 24 und vor § 182 N. 5; Soergel/Schultze-von Lasaulx § 177 N. 22 und vor § 182 N. 4. Larenz wohl ebenfalls, S. 426; Müller-Freienfels sehr entschieden S. 198-202; Wolff S. 194; Schlossmann II § 9. Dagegen schreiben Enneccerus/Nipperdey: "Das Geschäft, das jemand im Namen eines anderen schliesst, bedarf zu seiner Wirksamkeit für und gegen diesen der Zustimmung des Vertretenen (§ 164, 177). Geht diese Zustimmung dem Geschäft voran, so heisst sie Vollmacht, ist aber auch in diesem Fall eine Art der Zustimmung ..." (§ 204 I 2, S. 1232).

Derselben Ansicht sind: Reichel, S. 33 f.; Oertmann, Vorbemerkung vor § 182 S. 668, mit Hinweis auf a.M. bei Riezler, Dernburg und Endemann; von Tuhr § 78 bei N. 77, allerdings mit einer Einschränkung bei N. 199; Siber S. 130; Kohler S. 445; Hölder S. 362; Hellmann S. 113.

Im schweizerischen Recht sprechen sich eher für eine Abgrenzung aus: Von Tuhr/Peter § 45 bei N. 13, Engel No. 82 C S. 275 f.; Oser/Schönenberger Art. 38 N. 6.

Dagegen aber sehr eindeutig Bucher, OR § 33 IX 1b und § 33 III 2a.

65 Restatement, Kommentar zu § 82; Mechem § 348. Anders aber Person S. 317.

66 In Frankreich: Planiol/Ripert/Esmein No. 62 A. 67, No. 64 S. 71; Planiol/Ripert/Boulanger No. 133 S. 52 f.; Popesco-Ramniceano S. 263 f.; Corbesco No. 160 S. 125.

In Italien: Pugliatti S. 208-212; Neppi S. 80 f.; a.M. aber Messineo S. 253 bei N. 92.

In England: Anson/Guest S. 571 f.; Cheshire/Fifoot/Furmston S. 452, 454 f.
Sehr prägnant Stoljår S. 177 f.: "...why should it matter whether P's authority or consent is prior or subsequent?"
Ebenso die Praxis: Collen vs. Gardner (1856), Beavan, Bd. 21 S. 540, 542; a.M. aber Powell S. 139 f.

Die begriffliche Abgrenzung, soweit sie lediglich auf dem Kriterium des Zeitpunkts der Bevollmächtigung beruht, ist nicht allgemeingültig.⁶⁷

Die Abgrenzung von Bevollmächtigung und Genehmigung könnte nur dann allgemeingültig sein, wenn sie auf ein anderes, allgemeingültiges Kriterium zurückzuführen wäre, und das zeitliche Element nur zufällig, nicht begriffsnotwendig mit der Abgrenzung zusammenfielen.

Ein solches Kriterium ist insbesondere die Tatsache, dass der Inhalt des Geschäfts des Vertreters für den Genehmigenden bereits feststeht, nicht aber für den Bevollmächtigenden. "Weil bei dem Genehmigenden nur noch in Frage steht, 'ob' ihm die Rechtsfolge zugeordnet wird, und nicht mehr das 'Wie' dieser Zuordnung, kann der Genehmigende ... keinen Einfluss mehr auf die inhaltliche Geschäftsgestaltung ausüben."⁶⁸

Von dieser zutreffenden Prämisse ausgehend, spricht Müller-Freienfels der Genehmigung den Charakter als Rechtsgeschäft ab, was dann konsequenterweise zu einer allgemeingültigen begrifflichen Abgrenzung führt. Die Argumentation lautet wie folgt:

- Die Bevollmächtigung schafft "die organisatorischen Bedingungen für die Bewirkung des Vertretergeschäftes"⁶⁹ und hat "eine alleinige, selbständige Rechtsfolge, nämlich die gewillkürte Vertretungsmacht";⁷⁰ sie ist daher ein Rechtsgeschäft.
- Die Genehmigung hingegen "führt lediglich eine Gesamtwirkung herbei";⁷¹ es kommt für den Genehmigenden "nicht in Betracht, erst noch eine besondere 'Vertretungsmacht' herzustellen, auf Grund deren der zuständig Gewordene zwi-

67 S.o. S. 68-71.

68 Müller-Freienfels S. 200 nach N. 41.

69 Müller-Freienfels S. 198 nach N. 30.

70 Müller-Freienfels S. 202.

71 Müller-Freienfels S. 202.

schen verschiedenen Möglichkeiten wählt, sondern er bezieht sich mit seiner Genehmigung ... unmittelbar auf das bereits inhaltlich vorliegende Geschäft".⁷²

Diese Argumentation ist tatsächlich nicht zu widerlegen, wenn man als Rechtsfolge der Bevollmächtigung die Vertretungsmacht als "Können" des Vertreters annimmt. Gerade diese Voraussetzung trifft aber m.E. nicht zu.

Sowohl Bevollmächtigung wie Genehmigung sind als private Willensäußerung eine von beliebigen positivrechtlichen Voraussetzungen der Vertretung, d.h. Elemente eines Vertretungsverhältnisses.⁷³ Für sich allein genommen haben beide nur die unmittelbare Wirkung, dass nun der Prinzipal alles getan hat, was an ihm liegt, um ein Vertretungsverhältnis zu begründen;⁷⁴ und beide haben als mittelbare Wirkung - nämlich dann, wenn alle allfälligen anderen Voraussetzungen auch erfüllt sind - die Diskrepanz der Subjekte von Verhalten und Rechtsfolgen. Der Unterschied liegt nur darin, dass diese beiden Wirkungen bei der Bevollmächtigung sukzessive, bei der Genehmigung gleichzeitig eintreten.

Es steht nichts dagegen, die Genehmigung als Rechtsgeschäft zu bezeichnen. Auch diese Abgrenzung hat sich somit als untauglich erwiesen.

Der Unterschied zwischen einer generellen, unbestimmten Bevollmächtigung und einer Bevollmächtigung zu einem ganz spezifischen Verhalten ist allerdings allgemeingültig; und zwar aus folgenden Gründen:

- Im ersten Fall bestimmen der Prinzipal u n d der Vertreter, für welches Verhalten des Vertreters Rechtsfolgen beim Prinzipal eintreten sollen.
- Im zweiten Fall ist einzig die Willensäußerung des Prinzipals, d.h. die Bevollmächtigung, massgebend.

72 Müller-Freienfels S. 200 bei N. 40.

73 S.o. S. 54.

74 S.o. S. 58 f. und 62 f.

- Die Frage nach dem Subjekt der massgeblichen Willensäusserung ist allgemeingültig,⁷⁵ ebenso auch die Frage nach der Bevollmächtigung;⁷⁶ folglich ist die Frage, ob die Bevollmächtigung allein oder nur zusammen mit der Willensäusserung des Vertreters massgeblich sei, ebenfalls allgemeingültig.

Die Genehmigung ist folglich ein Unterbegriff der Spezialbevollmächtigung, aber im Gegensatz zu diesem Oberbegriff nicht allgemeingültig.

1.2.2.5.3. Widerruf der Bevollmächtigung (im weitesten Sinne)

1.2.2.5.3.1. Der Widerruf im allgemeinen:

Ein Verhalten kann nicht ungeschehen gemacht werden.⁷⁷ Das gilt auch für die Willensäusserung: "G'seit isch g'seit", sagt der Volksmund.

Das Recht, das einem bestimmten Verhalten bestimmte Rechtsfolgen zuordnet, kann als abstrakte Regelung keine Ausnahmen machen: Wenn dieses Verhalten vorliegt, treten notwendigerweise jene Rechtsfolgen ein.

Wird nun einem eventuellen Widerruf die rechtliche Wirkung zuerkannt, dass die andernfalls eintretenden Rechtsfolgen der widerrufenen Willensäusserung ausbleiben, so kann das auf zweierlei Arten aufgefasst werden:

- Das zuerst gezeigte Verhalten bildet mit dem Widerruf zusammen eine Einheit, und diese einheitliche Willensäusserung bewirkt keine Rechtsfolgen.⁷⁸
- Der Widerruf ist eine neue, selbständige Willensäusserung, deren Rechtsfolge das Ausbleiben der Rechtsfolgen der ersten Willensäusserung ist.⁷⁹

75 S.o. S. 55 f.

76 S.o. S. 57 f.

77 Hodler S. 60.

78 Hodler a.a.O.

79 Hodler a.a.O.

Die erste Auffassung setzt voraus, dass der Tatbestand der Willensäußerung erst mit Ablauf einer bestimmten Zeit vollendet ist, so dass ein rechtzeitiger Widerruf die Erfüllung des Tatbestandes verhindert. Ohne eine solche Zeitbestimmung wäre der Tatbestand ja überhaupt nie vollendet, da man ad infinitum auf einen allfälligen Widerruf warten müsste.

Eine derartige Definition der Willensäußerung hat sich aber als nicht allgemeingültig erwiesen,⁸⁰ so dass diese Auffassung auch ungeeignet ist, eine allgemeingültige Definition des Widerrufs zu begründen.

Es bleibt also nur die zweite Auffassung: Die Willensäußerung ist vollendet, sobald ihr Inhalt eindeutig feststeht,⁸¹ und der Widerruf ist eine eigenständige Willensäußerung mit einer spezifischen Rechtsfolge.

1.2.2.5.3.2. Der Widerruf als Rechtsgeschäft:

Wenn die Rechtsfolge der ersten Willensäußerung in einer Rechtsgestaltung besteht, so ist diese Willensäußerung ein Rechtsgeschäft.⁸² Die Aufhebung dieser Rechtsfolge ist somit auch eine Rechtsgestaltung; folglich ist der Widerruf eines Rechtsgeschäfts immer ein Rechtsgeschäft.

Der Widerruf i.S. des Sprachgebrauchs muss kein Rechtsgeschäft sein, es sind auch Willensäußerungen denkbar und empirisch nachweisbar, die keine Rechtsgeschäfte sind und trotzdem "widerrufen" werden können.

Die Willensäußerung als qualifiziertes Verhalten ist aber nur als rechtsgeschäftliche Willensäußerung ein allgemeingültiger Begriff. Um die Wertungen vorzunehmen, die das objektive Recht nicht selbst vorgenommen hat, ist der geäußerte menschliche Wille unentbehrlich⁸³ und daher als Begriff

80 S.o. S. 68-71.

81 S.o. S. 69 f.

82 S.o. S. 12 f.

83 S.o. S. 12 bei N. 46.

ebenso allgemeingültig wie das Rechtsgeschäft. In allen anderen Fällen ist die Qualifikation des rechtlich relevanten Verhaltens als Willensäußerung synthetisch und nicht allgemeingültig: Ob z.B. ein Delikt durch eine Willensäußerung oder durch sonstiges Verhalten begangen wird, ist prinzipiell gleichgültig.

Auch der Widerruf einer Willensäußerung kann folglich nur als Widerruf einer rechtsgeschäftlichen Willensäußerung begrifflich allgemeingültig sein.⁸⁴ Der "Widerruf" sonstiger Willensäußerungen ist kein Widerruf im Sinne des allgemeingültigen Begriffs, sondern ein Gebilde sui generis, das je nach der Natur der "widerrufenen" Willensäußerung zu qualifizieren ist. Eine allgemeingültige Definition des Widerrufs muss also zunächst wie folgt lauten: Der Widerruf ist ein Rechtsgeschäft, dessen spezifische Rechtsfolge darin besteht, dass die Rechtsfolgen eines vorhergehenden Rechtsgeschäftes aufgehoben werden.

1.2.2.5.3.3. Allgemeingültigkeit des Widerrufs als Begriff?

Es stellt sich nun die Frage, ob der Widerruf überhaupt in allgemeingültiger Weise von anderen Rechtsgeschäften abgegrenzt werden könne, d.h. ob er ein allgemeingültiger Unterbegriff des Rechtsgeschäfts sei.

Die Besonderheit des Widerrufs liegt darin, dass er nicht, wie die anderen Rechtsgeschäfte, eine Abweichung von dispositivem Recht begründet,⁸⁵ sondern eine Abweichung von rechtsgeschäftlich gestaltetem Recht. Es geht somit um die Frage nach der Möglichkeit rechtsgeschäftlicher Aenderung rechtsgeschäftlich gestalteten Rechts.

Der Begriff des Rechtsgeschäfts ist allgemeingültig.⁸⁶ Das-

84 Gl.M. Hodler S. 25 und 49 ff.

85 Dies ist nicht mit der Begründung objektiven Rechts zu verwechseln; s.o. S. 69 N. 55 und S. 63.

86 S.o. S. 11-13.

selbe muss auch für den Begriff des rechtsgeschäftlich gestalteten Rechts als Gegensatz zum objektiven Recht gelten. Die erwähnte Frage dient somit nur der analytischen Verknüpfung allgemeingültiger Begriffe.

Folglich ist der Begriff des Widerrufs im hier verwendeten Sinne allgemeingültig. Der Widerruf eines bestimmten Rechtsgeschäfts ist dann begrifflich allgemeingültig, wenn das betreffende Rechtsgeschäft seinerseits begrifflich allgemeingültig ist.

1.2.2.5.3.4. Widerruf der Bevollmächtigung

Da die Bevollmächtigung ein allgemeingültiger Unterbegriff des Rechtsgeschäfts ist, enthält die Frage nach dem Widerruf der Bevollmächtigung nur allgemeingültige Begriffe. Ist die Bevollmächtigung als Begriff eine Antwort auf die allgemeingültige Frage nach der rechtsgeschäftlichen Begründung der Vertretung, so ist der Widerruf der Bevollmächtigung eine Antwort auf die ebenfalls allgemeingültige Frage nach der rechtsgeschäftlichen Aufhebung der Bevollmächtigungswirkung.

Der Widerruf der Bevollmächtigung ist daher ein allgemeingültiger Begriff.

Die Bevollmächtigung im allgemeingültigen Sinne hat als unmittelbare Rechtsfolge nur, dass der Prinzipal nunmehr alles getan hat, was an ihm liegt, um ein Vertretungsverhältnis und damit Vertretung zu bewirken.⁸⁷

Dass schliesslich als Folge unter anderem auch der Bevollmächtigung eine Diskrepanz der Subjekte von Verhalten und Rechtsfolge - d.h. Vertretung - eintritt, ist nur mittelbare Rechtsfolge der Bevollmächtigung: Die Vertretung ist unmittelbare Rechtsfolge des Gesamttatbestandes, den man Vertre-

87 S.O. S. 58 f. und 62 f.

tungsverhältnis nennt.⁸⁸ Zu diesem gehört nach schweizerischem Recht z.B. das Handeln des Vertreters im Namen des Prinzipals, allenfalls das Einverständnis eines Dritten als Vertragspartner etc.

Der Widerruf der Bevollmächtigung betrifft per definitionem nur die unmittelbaren Rechtsfolgen der Bevollmächtigung und hat mit der rechtsgeschäftlichen Aufhebung der Folgen des Vertretungsverhältnisses nichts zu tun. Wenn aufgrund des Vertretungsverhältnisses bereits Rechtsfolgen des Verhaltens des Vertreters beim Prinzipal eingetreten sind, dann ist dies durch Widerruf der Bevollmächtigung nicht mehr rückgängig zu machen. "Of course if the authority has been executed, or if the agent, in pursuance of it, has entered into contracts or created obligations binding upon the principal, the authority ... cannot be revoked so as to affect these acts already done."⁸⁹

1.2.2.5.3.5. Subjekte des Widerrufs:

Aus dem Bisherigen geht hervor: Der Widerruf der Bevollmächtigung ist ein allgemeingültiger Begriff, sofern er in allgemeinster Weise verstanden wird, nämlich als rechtsgeschäftliche Aufhebung der Rechtsfolgen der Bevollmächtigung.

Wer aber zum Widerruf befugt sei, ist aus diesem Begriff nicht herauszulesen; es ist Sache des positiven Rechts, zu entscheiden, ob z.B. der Prinzipal einseitig die Bevollmächtigung widerrufen könne.

Im Folgenden ist nun zu untersuchen, welche Möglichkeiten sich dazu überhaupt bieten. Da sich die Frage nach der Zuordnung der Subjekte auch hier für jedes Recht stellt, sind auch die Fragen nach diesen Möglichkeiten allgemeingültig,

88 S.o. S. 54.

89 Mechem § 564; vgl. Powell S. 395 f., Stoljår S. 172. Dies wäre eine andere, selbständige Frage ans positive Recht.

sofern sie kein synthetisches Element enthalten.⁹⁰

Das positive Recht hat zunächst die Wahl zwischen folgenden Methoden:

- Es kann für jeden Einzelfall bestimmen, wer zum Widerruf befugt sei;
- es kann eine generelle Regel aufstellen und in Einzelfällen Ausnahmen zulassen;
- oder es kann eine universelle Regel aufstellen.

Die Frage, nach welcher dieser Methoden vorzugehen sei, ist allgemeingültig.⁹¹ Somit ist auch der Begriff einer generellen Regelung der Zuordnung der Subjekte beim Widerruf allgemeingültig. Wie dies geschehen könne, werde ich im Folgenden näher untersuchen.

Der Grundsatz der Selbstverantwortung ist zur generellen Formulierung jedes Rechtssatzes geeignet⁹² und kann auch beim Widerruf als Regel aufgestellt werden.

Dies bedeutet folgendes:

Rechtsfolge des Widerrufs ist die Aufhebung der Rechtsfolgen des widerrufenen Rechtsgeschäfts. Das Subjekt der Rechtsfolgen des Widerrufs ist somit identisch mit dem Subjekt der Rechtsfolgen des widerrufenen Rechtsgeschäfts. Soll nun für den Widerruf das Prinzip der Selbstverantwortung - d.h. der Identität der Subjekte von Verhalten und Rechtsfolge - gelten, so kann ein Rechtsgeschäft nur vom Subjekt seiner Rechtsfolgen widerrufen werden.

Ein Beispiel soll den Sachverhalt verdeutlichen:

A und B schliessen einen Vertrag. Daraus erwachsen Rechtsfolgen für beide Parteien. Die Aufhebung der Vertragswirkungen betrifft folglich ebenfalls A und B. Diese sind somit beide Subjekte der Rechtsfolgen eines Vertragswiderrufes. Soll das Prinzip der Selbstverantwortung gelten, so ist ein Widerruf

90 S.o. S. 4 f.

91 S.o. S. 8.

92 S.o. S. 9 f.

des Vertrags nur möglich, wenn A und B beide damit einverstanden sind.

Eine vom Grundsatz der Selbstverantwortung abweichende Zuordnung der Subjekte - d.h. Vertretung - ist nicht geeignet, als generelle Regel für alle Rechtssätze aufgestellt zu werden.⁹³ Anders aber beim Widerruf:

Wenn das Verhältnis der Subjekte von Verhalten und Rechtsfolge nicht durch Identität bestimmt ist, so muss ein besonderes Verhältnis ein zusätzliches Bestimmungselement liefern.⁹⁴ Dieses besondere Verhältnis ist beim Widerruf immer gegeben, und zwar in Gestalt des widerrufenen Rechtsgeschäfts. So ist es logisch möglich, zu bestimmen, dass die Subjekte, die ein Rechtsgeschäft vorgenommen haben, auch zum Widerruf befugt sind. Ein solcher Widerruf sei hier im Folgenden "contrarius actus" genannt, für den Spezialfall von Verträgen auch "contrarius consensus".

Bei oberflächlicher Betrachtung mag es scheinen, als ob kein Unterschied zwischen contrarius actus und Widerruf in Selbstverantwortung bestünde. Das folgende Beispiel soll die Abgrenzung verdeutlichen:

B macht als Vertreter des A eine Offerte. Bevor sie akzeptiert worden ist, stellt sich die Frage, wer die Offerte widerrufen könne. Subjekt der Rechtsfolgen - sowohl der Offerte als auch ihres Widerrufs - ist A; Subjekt des Verhaltens ist B. Widerruft nun A die Offerte, so ist dies ein Widerruf in Selbstverantwortung; widerruft B, so ist dies ein contrarius actus.

Ein weiteres Beispiel:

B schliesst als Vertreter des A einen Vertrag mit C. Contrarius actus wäre ein Widerruf durch B und C; Widerruf in Selbstverantwortung wäre ein Widerruf durch A und C.

93 S.o. S. 9.

94 S.o. a.a.O.

Die Unterscheidung von Widerruf in Selbstverantwortung und contrarius actus wird in der deutschsprachigen Lehre meines Wissens nirgends gemacht; wohl aber in Italien: Im Fall des zweitgenannten Beispiels wird der Widerruf in Selbstverantwortung als "contratto estintivo" vom contrarius consensus abgegrenzt.⁹⁵

Die beiden Begriffe sind allgemeingültig; sie enthalten keine Elemente, die nicht mittelbar aus dem Begriff des Rechts an sich abgeleitet werden können:

- Die Begriffe des Subjekts einer rechtsgeschäftlichen Willensäusserung wie auch des Subjekts von deren Rechtsfolgen sind allgemeingültig;⁹⁶
- der Begriff der generellen Regelung der Zuordnung der Subjekte beim Widerruf ist allgemeingültig;⁹⁷
- Widerruf in Selbstverantwortung ist ein Widerruf durch das Subjekt der Rechtsfolgen des widerrufenen Rechtsgeschäfts;
- contrarius actus ist ein Widerruf durch das Subjekt des Verhaltens - d.h. der Willensäusserung - des widerrufenen Rechtsgeschäfts.

Welche der beiden Lösungen vorzuziehen sei und ob allenfalls die eine als Grundsatz und die andere als Ausnahme statuiert werden solle, kann nicht allgemeingültig beantwortet werden.

Festzuhalten ist indessen, dass eine Entscheidung des positiven Rechts für den contrarius actus noch keinen Ausschluss des Widerrufs in Selbstverantwortung bedeutet, und umgekehrt; es kann z.B. sehr wohl bestimmt werden, dass eine nicht akzeptierte Offerte sowohl vom Vertreter als auch vom Prinzipal widerrufen werden könne.⁹⁸

95 Cariota-Ferrara S. 278 f. bei N. 6.

96 S.o. S. 7.

97 S.o. S. 80 bei N. 91

98 Eine ausschliessliche Zulassung des contrarius actus wäre ein Fall von verdrängender Vertretung; s.u. S. 88 f.
Vgl. hierzu auch Müller-Freienfels S. 124-155.

1.2.3. Funktion der Bevollmächtigung

Die Bevollmächtigung ermöglicht den Einfluss des Prinzipals auf die Entstehung eines Vertretungsverhältnisses: Von seiner Willensäußerung hängt es ab, ob er von den Rechtsfolgen des Verhaltens seines Vertreters betroffen wird.

Dies liegt typischerweise in seinem eigenen Interesse. Die Einführung der Bevollmächtigung als Institution liegt somit im Interesse des Prinzipals.

Die Vornahme der bevollmächtigenden Willensäußerung hat als mittelbare Folge letztlich das Vertretungsverhältnis, d.h. die Gesamtheit aller Voraussetzungen der Vertretung.¹ Mit der Bevollmächtigung ist ein Schritt auf dem Wege zu diesem Ziel gemacht.

Die Vertretung als Endergebnis der Bevollmächtigung hat gemäss den beteiligten Interessen drei verschiedene typische Funktionen. Welche Auswirkungen auf diese Funktionen hat es nun, wenn die Vertretung von einer Willensäußerung des Prinzipals abhängt?

Einfach ist die Lage bei der organisatorischen Vertretung. Hier ist die Bevollmächtigung ein Instrument der zweckmässigen Organisation des Prinzipals: Er kann sich nach seinem Gutdünken organisieren. Entsprechend hat die Bevollmächtigung hier selbst organisatorische Funktion.

Wird die Vertretung in Gestaltungsfunktion von einer Bevollmächtigung abhängig gemacht, so kann damit der Prinzipal selbst bestimmen, inwieweit Dritte in ihrem eigenen Interesse als seine Vertreter Rechtsfolgen für ihn herbeiführen können. Diese Bevollmächtigung hat verfügungsähnliche Funktion: Statt dass der Vertreter bestimmte subjektive Rechte übertragen erhält, kann er kraft seiner Eigenschaft als Vertreter im eigenen Interesse gewisse Rechte des Prinzipals²

1 S.O. S. 54.

2 In "sekundärer Zuständigkeit", vgl. Müller-Freienfels S. 89-103.

ausüben. Die Bezeichnung dieser Funktion als "Wertbewegung" ist m.E. ungenau; die betreffenden Rechte brauchen keinen Vermögenswert darzustellen.

Ein Beispiel ist die Vertretung der Aktionäre an der Generalversammlung der AG; das Stimmrecht ist kein vermögenswertes Recht,³ und dessenungeachtet kann die Vertretung im Stimmrecht sehr wohl im Interesse des Vertreters liegen, wie etwa im Zusammenhang eines Kartellvertrages, eines Uebernahmeversuchs o.ä.

Massgeblich ist nicht die Zuwendung, sondern die verfügungsähnliche Funktion.

Wie steht es nun aber, wenn die Vertretung in Schutzfunktion von einer Bevollmächtigung abhängig gemacht wird?

Damit wird der Schutz des Dritten ins Belieben des Prinzipals gestellt, vor dem der Dritte gerade geschützt werden soll.⁴ Die Vertretung in ihrer Funktion zum Schutze Dritter erzwingt die Durchsetzung der Ansprüche der Dritten an den Vertreter⁵ durch - zusätzliche oder vikariierende - Haftung des Prinzipals. Aus der oben nachgewiesenen⁶ Natur der Bevollmächtigung als Rechtsgeschäft ergibt sich, dass dieser wirtschaftlich-soziale Effekt der Bevollmächtigung aus der Willensäußerung des Prinzipals als gewollt hervorgehen müsste,⁷ wenn aus der Bevollmächtigung eine Vertretung in Schutzfunktion hervorgehen sollte.

Der Schutz der Interessen irgendwelcher Dritter wird typischerweise nicht in der Absicht des Prinzipals liegen: Die Dritten können ihm weder eine Gegenleistung anbieten noch auch nur seinen Schenkungswillen wecken, da ihre Person vor derhand noch gar nicht feststeht.

Will der Prinzipal aber einem bestimmten Dritten auf dem Wege

3 Meier-Hayoz/Forstmoser § 12 N. 70-72.

4 S.o. S. 35-38, besonders S. 37.

5 S.o. S. 38.

6 S.o. S. 61-66.

7 S.o. S. 13 und Gysin S. 254 f.

der Vertretung einen Vorteil einräumen, so liegt organisatorische Vertretung vor: Die Vertretung ist das für den Prinzipal zweckmässigste Mittel, um die betreffende Zuwendung vorzunehmen.

Erklärt der Prinzipal hingegen, für bestimmte Verpflichtungen des Vertreters gegenüber irgendwelchen Dritten selbst ein-
stehen zu wollen, so liegt diese Bevollmächtigung wohl
a u c h im Interesse Dritter, primär aber hat sie die
Funktion einer Verfügung zugunsten des Vertreters. Wenn der
Vertreter dann durch seine Handlungen den Prinzipal verpflicht-
tet, liegt Vertretung in Gestaltungsfunktion vor. Ein Bei-
spiel ist die Bürgschaft nach OR 492 ff., die vom Bürgen
typischerweise nicht im Interesse irgendeiner Bank eingegan-
gen wird, sondern um dem Hauptschuldner Kredit zu verschaf-
fen.

Bei der Vertretung in Schutzfunktion ist somit eine Bevoll-
mächtigung nur dann denkbar, wenn der Prinzipal aus allge-
meiner Philanthropie alle möglichen Dritten schützen will,
was nicht a priori auszuschliessen, aber doch derart selten
ist, dass ich diese Funktion der Bevollmächtigung vernach-
lässigen kann.

2. UNWIDERRUFLICHE BEVOLLMAECHTIGUNG

2.1. Begriff

2.1.1. Unzuständigkeit

2.1.1.1. Begriff

2.1.1.1.1. Abgrenzung von der Vertretung

Die oben¹ gewonnene Definition der Vertretung als Diskrepanz der Subjekte von Verhalten und Rechtsfolgen sagt nichts darüber aus, ob die gleichen Rechtsfolgen auch durch das Verhalten ihres Subjekts selbst - also ohne Vertretung - erzeugt werden können.

Wenn die positivrechtlichen Voraussetzungen der Vertretung erfüllt sind, dann heisst das einfach, dass nun das Verhalten des Subjekts V Rechtsfolgen beim Subjekt P erzeugt. Ob P auch für sich selbst dieselben Rechtsfolgen bewirken könne, wird damit nicht gesagt.

Wenn das positive Recht in abstracto einem bestimmten Verhalten des P bestimmte Rechtsfolgen für P zuordnet, dann wird daran nichts geändert, wenn dieselben Rechtsfolgen unter gewissen Voraussetzungen auch durch V erzeugt werden können. Wenn insbesondere P zur Vornahme gewisser Rechtsgeschäfte zuständig ist, dann bleibt er grundsätzlich zuständig, wenn a u c h V im Einzelfall diese Geschäfte vornehmen könnte.

Statuiert aber das positive Recht, dass P im Einzelfall durch sein Verhalten keine Rechtsfolgen bewirkt, obwohl die betreffende Verhaltensweise generell rechtliche Wirkungen hervorruft: Dann ist dies eine eigenständige Abweichung von generellen Grundsätzen des Rechts, die von der Vertretung be-

1 S.O. S. 5-10.

grifflich streng zu unterscheiden ist. Die Vertretung bedeutet, dass die Rechtsfolgen des Verhaltens eines Subjekts bei einem anderen eintreten; hier aber liegt genau das Gegenteil vor: keine Erweiterung der rechtlichen Auswirkungen eines Verhaltens, sondern eine Einschränkung. In Ermangelung eines allgemein eingeführten und anerkannten Begriffs seien die Fälle, in denen das Verhalten eines Subjekts ausnahmsweise keine Rechtsfolgen hat, Fälle von **Unzuständigkeit** genannt.

2.1.1.1.2. Allgemeingültigkeit

Dieser Begriff der Unzuständigkeit ist allgemeingültig, wie im Folgenden zu zeigen ist:

Dass Verhalten und Rechtsfolgen sowie deren jeweilige Subjekte zu koordinieren sind, ergibt sich unmittelbar aus dem Begriff des Rechts als abstrakter Normierung menschlichen Verhaltens.² Wenn ein bestimmtes Verhalten vom positiven Recht als rechtlich relevant anerkannt worden ist und somit geregelt werden soll, dann muss die erwähnte Koordination erfolgen: Welche Rechtsfolge folgt auf dieses Verhalten und wen trifft sie?

Die Frage, ob die betreffende rechtliche Normierung kasuistisch, generell oder universell vorzunehmen sei, entspricht den Kategorien der Einheit, Vielheit und Allheit³ und ist somit analytisch und allgemeingültig: Sie ist nur auf die Erläuterung des Begriffs der Normierung gerichtet.⁴

Aus der Zuordnung der Subjekte ergibt sich der Vertretungsbegriff als Ausnahme von der generellen Zuordnung der Rechtsfolgen an die Subjekte.

Aber nicht nur die Zuordnung der Subjekte, sondern auch die Zuordnung von Verhalten und Rechtsfolgen kann kasuistisch,

2 S.o. S. 5 am Anfang.

3 S.o. S. 8 bei N. 32.

4 S.o. S. 4.

generell oder universell geschehen. Da indessen das rechtlich relevante Verhalten abstrakt bestimmt werden muss, können immer mehrere konkrete Verhaltensweisen unter den entsprechenden Tatbestand fallen. In diesem Sinne ist die Regelung immer generell, - oder universell, nie kasuistisch.

Führt nun unter besonderen Umständen ein Verhalten seine ihm generell zugeordneten Rechtsfolgen nicht herbei, bei welchem Subjekt auch immer diese normalerweise eingetreten wären, dann heisst das, dass sich das positive Recht für eine generelle und gegen eine universelle Regelung entschieden hat; der Unterschied zwischen generell und universell besteht ja per definitionem darin, dass ein genereller Satz Ausnahmen zulässt, ein universeller nicht.⁵

Da die Frage, ob die Regelung generell oder universell zu treffen sei, allgemeingültig ist, ist auch der Begriff der Ausnahme von der generellen Regelung allgemeingültig; aus denselben Gründen, die auch die Allgemeingültigkeit der Vertretung beweisen.

Der Begriff der Unzuständigkeit ist daher allgemeingültig im Sinne einer Ausnahme von der generellen Regelung der Zuordnung von Verhalten und Rechtsfolge. Er ist analog dem Begriff der Vertretung als Ausnahme von der generellen Regelung der Zuordnung der S u b j e k t e von Verhalten und Rechtsfolge.

Die Unzuständigkeit ist aber von der Vertretung begrifflich unabhängig; bei wem die Rechtsfolgen normalerweise eingetreten wären, spielt keine Rolle.

2.1.1.1.3. Verdrängende Vertretung als Beispiel

Wenn also insbesondere P seine eigene Rechtsstellung durch sein grundsätzlich rechtlich relevantes Verhalten nicht ver-

⁵ S.O. S. 8.

ändert, obwohl das Prinzip der Selbstverantwortung anerkannt ist, so ist dies ein Sonderfall der Unzuständigkeit, nämlich Unzuständigkeit bei Selbstverantwortung. Auch dieser Begriff enthält kein empirisches Element und ist damit allgemeingültig; da er aber ein Unterbegriff der Unzuständigkeit ist, kann diese nicht aus ihm definiert werden.⁶

Wird die Unzuständigkeit bei Selbstverantwortung kombiniert mit Vertretung, so dass nicht P, sondern nur V durch sein Verhalten Rechtsfolgen bei P hervorruft, so spricht man von verdrängender Vertretung.⁷

Auch dieser Begriff - bzw. die ihm zugrundeliegende Frage - ist allgemeingültig, da aus lauter allgemeingültigen Elementen zusammengesetzt.

Es ist dabei aber nicht aus den Augen zu verlieren, dass dies ein ganz spezieller Sonderfall der Unzuständigkeit in Verbindung mit Vertretung ist.

Ein Beispiel für verdrängende Vertretung im schweizerischen Recht ist OR 690 II: Stehen Aktien in Nutzniessung, so wird der Aktionär an der Generalversammlung durch den Nutzniesser vertreten und ist selbst nicht stimmberechtigt.

2.1.1.2. Anknüpfung der Unzuständigkeit

2.1.1.2.1. Allgemeines

Wenn die einem bestimmten Verhalten generell zugeordnete Rechtsfolge nicht eintritt, so ist dies eine Ausnahme und kann folglich nur unter genau zu umschreibenden Voraussetzungen angeordnet werden.

Welches diese Voraussetzungen sind, ist Sache wertender Entscheidung.

6 S.O. S. 4 am Ende.

7 Müller-Freienfels S. 124 ff.; Flume § 53 6 S. 885 mit Verweisung auf die Ablehnung verdrängender Vertretung in BGH 20, 363 ff. und 3, 354 ff.

Sie können in zwei grosse Gruppen eingeteilt werden: Einerseits kann die Unzuständigkeit beim Vorliegen eines bestimmten objektiven Tatbestandes statuiert werden; andererseits können auch persönliche Merkmale der beteiligten Subjekte notwendige Voraussetzungen der Unzuständigkeit sein. Diese Voraussetzungen können auch kumulativ erforderlich sein, wenn das positive Recht es so bestimmt; dann sind sowohl subjektive Merkmale der Beteiligten wie auch objektive Umstände Voraussetzungen der Unzuständigkeit.

Wird von den beteiligten Subjekten völlig abstrahiert und die Unzuständigkeit lediglich von objektiven Umständen abhängig gemacht, so hat dies zur Folge, dass ein bestimmtes Verhalten seine "normalen" Rechtsfolgen unter diesen Umständen niemals bewirken kann, wer auch immer sich so verhält oder von den Rechtsfolgen betroffen wird. Die so bestimmte Unzuständigkeit sei abstrakte Unzuständigkeit genannt.

Andernfalls spielen persönliche Merkmale der beteiligten Subjekte eine Rolle. Dabei kann sowohl auf das Subjekt des Verhaltens wie auf das Subjekt der Rechtsfolgen abgestellt werden.

Ist allein das Subjekt des Verhaltens massgebend, unabhängig von weiteren objektiven oder subjektiven Umständen, so bedeutet dies, dass die normale Folge eines bestimmten Verhaltens nicht eintritt, wenn ein bestimmtes Subjekt sich so verhält. Paradebeispiel ist ZGB 18: Wer urteilsunfähig ist, führt generell durch sein Verhalten keine Rechtsfolgen herbei.

Ist hingegen allein das Subjekt der Rechtsfolgen massgebend, so tritt die bestimmte Rechtsfolge bei dem bestimmten Subjekt niemals ein. Ein Beispiel ist ZGB 408: "Zu Lasten des Bevormundeten dürfen keine Bürgschaften eingegangen, keine erheblichen Schenkungen vorgenommen und keine Stiftungen errichtet werden."

Das Subjekt des Verhaltens spielt hier keine Rolle; jedermann ist unzuständig, für den Bevormundeten die belastenden Rechtsfolgen einer Bürgschaft, Schenkung oder Stiftung herbeizuführen.

Als Beispiel für einen Zweifelsfall, welches Subjekt nach positivem Recht massgebend sei, dient die Kontroverse, ob nach schweizerischem Recht urteilsfähige Unmündige als Vertreter Dritter wirksam Verpflichtungen eingehen können: Ist die Unmündigkeit als Eigenschaft des Subjekts des Verhaltens massgeblich, so kann der Unmündige weder für sich noch für andere irgendwelche rechtsgeschäftliche Verpflichtungen eingehen;⁸ ist aber die Unmündigkeit als Merkmal des Subjekts der Rechtsfolge und des Verhaltens kumulativ massgebend, so kann der Unmündige zwar nicht für sich selbst, wohl aber als Vertreter für seinen Prinzipal wirksame Rechtsgeschäfte tätigen.⁹

Welche dieser beiden Lösungen zutrifft, ist nicht logisch a priori zu beantworten, sondern nur auf dem Wege der Gesetzesinterpretation.

Ein Beispiel für kumulative Voraussetzung objektiver Tatbestandsmerkmale und persönlicher Eigenschaften der beteiligten Subjekte ist die oben¹⁰ zitierte Bestimmung von OR 690 II: Wenn Aktien in Nutzniessung stehen (objektives Merkmal), ist der Eigentümer (subjektives Merkmal) unzuständig, an der Generalversammlung mitzustimmen. Die Nutzniessung verhindert für sich allein nicht die wirksame Stimmrechtsausübung; die Stimmen für die betreffenden Aktien können weiterhin abgege-

8 So Guhl S. 157.

9 So die h.L.: Bucher, OR, § 33 III 1a vor N. 13; von Tuhr/Peter § 44 II 1 bei N. 29 f.; Engel S. 272 No. 80 ii.; von Büren S. 162; Becker Art. 32 N. 4; Oser/Schönenberger Art. 32 N. 29.

Dies ist auch die Lösung des deutschen Gesetzgebers, die wohl nicht zuletzt durch von Tuhrs Autorität in der Schweiz herrschend geworden ist.

10 S.o. S. 89.

ben werden. Der objektive Umstand der Nutzniessung u n d die Eigenschaft des Subjekts der Stimmabgabe - d.h. des Verhaltens - z u s a m m e n führen aber zur Unzuständigkeit: Wenn der Eigentümer seine Stimme abgibt, bleibt dies wirkungslos, sofern er nicht vom Nutzniesser bevollmächtigt ist.

2.1.1.2.2. Unzuständigkeit bei Rechtsgeschäften

Wenn die Unzuständigkeit bei Rechtsgeschäften dazu führt, dass eine bestimmte Rechtsfolge allgemein oder bei bestimmten Subjekten nicht mehr rechtsgeschäftlich herbeigeführt werden kann, dann ist die betreffende Materie gänzlich der Privatwillkür entzogen. Die Möglichkeit privater Rechtsgestaltung fällt dahin und weicht einer umfassenden Regelung durch zwingendes Recht.¹¹

Damit sind diese objektivrechtlichen Bestimmungen als von öffentlichem Interesse anerkannt.¹²

Diese Art der Unzuständigkeit sei im Folgenden a b s o l u t e Unzuständigkeit genannt.

Die abstrakte Unzuständigkeit ist immer absolut: Wenn die Aeussuerung eines bestimmten wirtschaftlich-sozialen Willens ihre normale Rechtsfolge einer willensgemässen Rechtsgestaltung¹³ nicht herbeiführt, unabhängig von den beteiligten Subjekten, dann ist das entsprechende Rechtsgeschäft verunmöglicht.

Auch eine auf bestimmte Subjekte der Rechtsfolgen beschränkte Unzuständigkeit ist absolut: Die willensgemässe Gestaltung der diese Subjekte betreffenden Normen ist ausgeschlossen, somit ist die objektivrechtliche Ordnung zwingend.

Komplizierter liegt der Fall, wenn die Unzuständigkeit an persönliche Merkmale des Subjekts des Verhaltens, also der

11 Zum Begriff des zwingenden Rechts s.u. S. 101 f.

12 Burckhardt S. 37 f.

13 S.o. S. 12 f.

rechtsgeschäftlichen Willensäusserung, angeknüpft wird. Hier bestehen zwei Möglichkeiten: Entweder das betreffende Subjekt ist nur eines von vielen, die normalerweise durch ihre Willensäusserung die fragliche Rechtsgestaltung bewirken können, oder aber es ist das einzige.

Im zweiten Fall ist die Unzuständigkeit ebenfalls absolut. Im ersten Fall ist die Unzuständigkeit jedoch relativ: Die fragliche private Rechtsgestaltung kann weiterhin herbeigeführt werden, aber nicht mehr von allen normalerweise zuständigen Subjekten. Ein Beispiel hierfür ist der bereits mehrfach erwähnte Art. 690 II OR:¹⁴ Die durch die Stimmabgabe angestrebte Rechtsgestaltung kann weiterhin bewirkt werden, aber nicht mehr durch den normalerweise zuständigen Eigentümer der Aktien in Nutzniessung.

2.1.1.2.3. Rechtsgeschäftliche Begründung der Unzuständigkeit

Es steht nichts im Wege, die Unzuständigkeit im Einzelfall vom - explizite oder implizite - geäusserten Willen Privater abhängig zu machen; die entsprechende Rechtsgestaltung tritt dann als Sanktionierung der Privatwillkür, d.h. rechtsgeschäftlich ein.¹⁵

Die Bestimmung von BGB 137, dass ein rechtsgeschäftlicher Ausschluss der Verfügungsmacht unmöglich sei, ist mitnichten Ausdruck eines allgemeingültigen Prinzips¹⁶ und hindert die

¹⁴ S.O. S. 89, S. 91.

¹⁵ S.O. S. 12 f.

¹⁶ A.M. die h.L:

In der Schweiz: Von Tuhr/Peter § 7 N. 21 und § 28 bei N. 11 ff.; Bucher OR § 4 VIII 3b bei N. 56a; Engel S. 112; Oser/Schönenberger Art. 20 N. 25; Wieland Art. 714 N. 3e ee.;

In Deutschland: Ein umfassender Ueberblick über die herrschende Lehre zur Tragweite von BGB 137 findet sich bei Müller-Freienfels S. 129-137. Im Gegensatz zur h.L. verfährt Müller-Freienfels aber zu Recht eine restriktive Auslegung: Nur absolute Unzuständigkeit solle nicht rechtsgeschäftlich begründet werden können (S. 131).

Möglichkeit rechtsgeschäftlich begründeter Unzuständigkeit nicht. BGB 137 ist nur die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers zu einem Sonderfall der Unzuständigkeit und weder aus dem Grundsatz freier Selbstbestimmung noch des Vertrauensschutzes im Rechtsverkehr notwendig geboten, wie im Folgenden zu zeigen ist: Es ist nicht einzusehen, wieso der rechtsgeschäftliche Verzicht auf die Verfügung über ein Recht die freie Selbstbestimmung mehr einengen sollte, als der - zugelassene - Verzicht auf das Recht als solches! Wenn ich eine Sache veräussere, so ist das für mich die grössere Einbusse, als wenn ich mich der Verfügungsmöglichkeit über diese Sache begeben, aber doch die Nutzungsmöglichkeit als Eigentümer behalte.

Ein Verbot rechtsgeschäftlichen Ausschlusses der Verfügungsmacht folgt daher nicht zwingend aus der Entscheidung eines positiven Rechts, die freie Selbstbestimmung zu schützen, und lässt sich somit auch nicht für das schweizerische Recht aus ZGB 27 begründen.¹⁷

Auch zum Schutz der Verkehrssicherheit ist diese Bestimmung nicht unbedingt notwendig. Will der Gesetzgeber den Erwerber eines Rechts auch dann schützen, wenn der Veräusserer vorher auf die Verfügungsmöglichkeit verzichtet hat, so braucht er dazu diesen Verzicht nicht für ungültig zu erklären. Der Erwerber erwirbt das fragliche Recht dann eben, weil es ihm der Gesetzgeber zu seinem Schutz zuspricht; nicht weil es ihm "übertragen" worden ist.

Ein Beispiel sind ZGB 714 und 935: Der gutgläubige Erwerber von gestohlenem Geld wird Eigentümer; aber deswegen ist der Diebstahl noch nicht als Eigentumserwerb legalisiert. Der Dieb hat keine Verfügungsmacht,¹⁸ trotzdem wird der Erwerber geschützt.

17 A.M. von Tuhr/Peter § 7 N. 21.

18 Von Tuhr/Peter § 28 IV und § 28 VI bei N. 44.

Der Satz "nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet" ist damit obsolet geworden, und seine Generalisierung entspringt der mystischen Auffassung, man könne Rechte wie Sachen tel quel "übergeben". Subjektive Rechte sind aber keine materiellen Dinge, sondern werden "vom objektiven Recht verliehen"¹⁹ als "konkrete Verwirklichung eines abstrakten Rechtssatzes".²⁰

Daher ist es nicht notwendig, den rechtsgeschäftlichen Verzicht auf die Verfügungsmacht auszuschliessen, um den Verkehr zu schützen.

Damit soll keine Kritik an BGB 137 ausgedrückt sein; die Bestimmung kann sehr wohl ihren Sinn haben, z.B. um einen einfacheren und klareren Aufbau des Rechts zu erreichen. Sie ist aber nicht allgemeingültig. Ebensowenig ist sie notwendige Folge einer Entscheidung des positiven Rechts, die freie Selbstbestimmung und die Rechtssicherheit im Verkehr zu schützen.

Das Verbot rechtsgeschäftlichen Verzichts auf die Verfügungsmacht ist daher nicht Ausdruck eines allgemeingültigen Prinzips und steht der grundsätzlichen Möglichkeit rechtsgeschäftlich begründeter Unzuständigkeit nicht entgegen.

2.1.1.3. Funktionen der Unzuständigkeit

2.1.1.3.1. Allgemeines

Die Auswirkung der Unzuständigkeit im Einzelfall ist, dass die "normalen" Rechtsfolgen eines bestimmten Verhaltens nicht eintreten. Damit ist zunächst sicher die Rechtsstellung des Subjekts der normalerweise eintretenden Rechtsfolgen geändert und damit auch dessen Interesse tangiert.

Die Interessen Dritter sind, wenn überhaupt, nur mittelbar betroffen; nämlich immer dann, wenn die Dritten aufgrund be-

19 Bucher S. 191.

20 Burckhardt S. 80 bei N. 40.

sonderer Umstände am Eintreten der Rechtsfolgen bei deren Subjekt interessiert sind. Diese besonderen Umstände können z.B. Interessenwahrungsverträge, Verwandtschaft, dingliche Rechte am Vermögen des betreffenden Subjektes, Gläubigerstellung der Dritten etc. sein.

Typisch ist aber einzig das Interesse des unmittelbar von den Rechtsfolgen - bzw. deren Ausbleiben - Betroffenen.²¹

Insofern Selbstverantwortung gilt, ist dieses Subjekt identisch mit dem Subjekt des Verhaltens. Ist das Subjekt des Verhaltens hingegen von keinen Rechtsfolgen betroffen, so ist es in seinen Interessen nicht berührt: Wer aus einem bestimmten Verhalten weder positive noch negative Rechtsfolgen zu gewärtigen hat, dem kann es gleichgültig sein, ob diese bei irgendeinem anderen eintreten oder nicht. Einzige Ausnahme sind auch hier die atypischen Fälle von Interessenwahrungsverträgen etc.

Typisch und zur Bestimmung der Funktion massgebend sind daher nur die Interessen des Subjekts der Rechtsfolgen, nicht die Interessen des Subjekts des Verhaltens. Als typische Funktionen der Unzuständigkeit sind daher nur zwei Fälle zu unterscheiden:

- Unzuständigkeit im Interesse des normalerweise Betroffenen und
- Unzuständigkeit entgegen dessen Interesse.

2.1.1.3.2. Unzuständigkeit im Interesse des Betroffenen

Die Unzuständigkeit kann durchaus im Interesse des Betroffenen selbst liegen; immer dann nämlich, wenn die Rechtsfolgen unerwünscht sind, hat deren potentielltes Subjekt ein sehr reales Interesse an ihrem Ausbleiben.

Schlagendes Beispiel ist die Immunität vor Strafverfolgung,

²¹ S.o. S. 27.

die - unter anderen - zweifellos im Interesse des Immunen liegt.

Aber auch auf dem Gebiet der Rechtsgeschäfte und der Selbstverantwortung wäre es hoffnungslos weltfremd, wollte man annehmen, dass der Zuständige seine rechtsgestaltende Willensäußerung immer in seinem wohlverstandenen Eigeninteresse vornehme. Wer leichtsinnig Geld zu 100 % Jahreszins aufnimmt, tut dies freiwillig; aber die entsprechende vertragliche Rechtsgestaltung liegt keineswegs in seinem Interesse! Solche Sumpfl Blüten der Privatwillkür sind denn auch von den meisten positiven Rechtsordnungen gestutzt worden; so ist z.B. im schweizerischen Recht jedermann in seinem Interesse absolut unzuständig, sich seiner Freiheit zu "entäußern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade"²² einzuschränken.

Ebenfalls in ihrem eigenen Interesse werden nach ZGB 19 alle Handlungsunfähigen durch ihre Rechtsgeschäfte nicht verpflichtet. Es handelt sich hier um nicht absolute Unzuständigkeit: Mit Ausnahme gewisser höchstpersönlicher Rechtsgeschäfte können die betreffenden Rechtsfolgen durch den gesetzlichen Vertreter herbeigeführt werden. Die Unzuständigkeit Handlungsunfähiger ist immer mit gesetzlicher Vertretung verbunden; es liegt also ein Fall von verdrängender Vertretung vor.²³

Die Funktion der Unzuständigkeit im Interesse des Subjekts der Rechtsfolgen liegt im Schutz dieses Subjekts vor dem Subjekt des Verhaltens. Soweit diese beiden Subjekte - entsprechend dem Grundsatz der Selbstverantwortung - identisch sind, läuft diese Funktion auf den Schutz des Subjektes vor sich selber heraus.

Aus dieser Erkenntnis lässt sich nun auch die oben²⁴ erwähn-

22 ZGB 27 II.

23 Unter der Voraussetzung, dass der Handlungsunfähige als eigenes Rechtssubjekt anerkannt ist. S.O. S. 15 ff. und besonders S. 19.

24 S.O. S. 91.

te Kontroverse darstellen, ob nach schweizerischem Recht Handlungsunfähige als Vertreter für Dritte Verpflichtungen eingehen können:

- Sollen die Handlungsunfähigen nur vor sich selbst geschützt werden, so steht nichts entgegen, sie als Vertreter handeln zu lassen;
- sollen aber auch Aussenstehende vor der geistigen Unterlegenheit und der Unerfahrenheit Handlungsunfähiger geschützt werden, so ist an die Handlungsunfähigkeit als Eigenschaft des Subjekts des Verhaltens anzuknüpfen und generell jede Verpflichtung aus Rechtsgeschäften Handlungsunfähiger auszuschliessen. In diesem Fall könnte der Handlungsunfähige weder für sich selbst noch für andere irgendwelche Verpflichtungen eingehen.

Geht aus dem Gesetzestext nicht hervor, für welche dieser beiden Wertungen sich der Gesetzgeber entschieden hat, so ist diese Lücke nach ZGB 1 zu füllen.

Im Einzelfall kann das Interesse des Subjekts der Rechtsfolgen mit dem öffentlichen Interesse übereinstimmen - wobei es dem jeweiligen positiven Recht freisteht, wie das öffentliche Interesse zu definieren sei.²⁵

Ein Beispiel dafür im schweizerischen Recht ist OR 20 I:²⁶ Jedermann ist absolut unzuständig, unsittliche Verträge zu schliessen und wird daraus nicht verpflichtet. Dieses Ausbleiben der Rechtsfolge liegt oft sehr im Interesse desjenigen, der den Vertrag erfüllen müsste; aber auch das - hier und jetzt allgemein anerkannte - öffentliche Interesse an bestimmten Spielregeln, d.h. "Sitten", im zwischenmenschlichen Verkehr wird dadurch geschützt. Daher ist die Unzuständigkeit hier absolut.

Anders liegt der Fall übrigens bei der Widerrechtlichkeit. Dass widerrechtliche Verträge nichtig sind, versteht sich

²⁵ Burckhardt S. 37.

²⁶ Ein weiteres Beispiel s.o. S. 97 bei N. 22.

von selbst, und dies eigens zu statuieren, ist ein Pleonasmus: Verträge sind als Rechtsgeschäfte ohnehin nur verbindlich, "weil und soweit die Rechtsordnung sie (als verbindlich) anerkennt, und diese ihre Verbindlichkeit kann, wie jede andere rechtliche Verbindlichkeit, in nichts anderem ihren Grund haben als in der objektiven Rechtsordnung".²⁷ Ein gleichzeitig widerrechtlicher und rechtlich anerkannter Vertrag wäre eine *contradictio in adiecto*.

Zusammenfassend kann die Unzuständigkeit also durchaus typischerweise im Interesse des Subjekts der normalerweise eintretenden Rechtsfolgen liegen. Sofern die Selbstverantwortung gilt, hat die Unzuständigkeit die Funktion, das betreffende Subjekt vor sich selbst zu schützen.

2.1.1.3.3. Unzuständigkeit entgegen den Interessen des Subjekts der Rechtsfolgen

Die Unzuständigkeit widerspricht den Interessen des Subjekts der Rechtsfolgen, wenn diese Rechtsfolgen grundsätzlich erwünscht wären.

Da die sinn- und ziellose Schädigung der Einzelnen kaum der Zweck rechtlicher Normierung sein dürfte, stellt sich die Frage, in wessen Interessen die Unzuständigkeit in diesem Fall sei. Dabei kommen nur zwei Typen von Interesse in Betracht: das Interesse Dritter und das öffentliche Interesse. Wenn also die Unzuständigkeit im Einzelfall sowohl den Interessen des Subjekts der Rechtsfolgen wie auch irgendwelcher Drittpersonen widerspricht, so bedeutet dies, dass das positive Recht die Unzuständigkeit unter den vorliegenden Umständen als von öffentlichem Interesse anerkennt.

So können z.B. für beide Teile lukrative Steuerumgehungsgeschäfte verboten werden, so dass jedermann zu ihrer Vornahme absolut unzuständig ist. Angesichts der Wirtschaftspolitik

27 Burckhardt S. 21 bei N. 12 mit Verweis auf Kant und Fichte.

gewisser Staaten könnte man sich allerdings fragen, wo das öffentliche Interesse aufhört und die ziellose Schädigung Einzelner anfängt - diese politischen Fragen bleiben hier dahingestellt.

Was als öffentliches Interesse zu definieren sei, kann von der Jurisprudenz als Wissenschaft nicht beantwortet werden.

Ein Beispiel für - relative - Unzuständigkeit im Privatinteresse Dritter ist die Bestimmung von ZGB 906 II:²⁸ Grundsätzlich sind Schuldner und Gläubiger berechtigt, die Forderung durch Erfüllung bzw. deren Annahme untergehen zu lassen. Dadurch wird die Rechtsstellung beider geändert. Im Interesse eines Dritten, nämlich des Pfandgläubigers, tritt nun Unzuständigkeit ein, so dass Schuldner und Gläubiger allein durch Vornahme aller Erfüllungshandlungen die normale Rechtsfolge - den Untergang der Forderung - nicht mehr herbeiführen.

Ähnlich ist die Lage in den Fällen von OR 152 III: Wer z.B. eine Forderung bedingt zediert hat, bleibt zwar zunächst Gläubiger der Forderung, ist aber unzuständig, sie abermals abzutreten. Auch hier liegt die Unzuständigkeit im Interesse des aussenstehenden bedingten Zessionars.

Ein drittes Beispiel ist ZGB 527 Ziff. 3: Die pflichtteilsberechtigten Erben können gewisse Schenkungen des Erblassers mit der Herabsetzungsklage anfechten. Subjekt des Verhaltens ist hier der Erblasser, Subjekte der Rechtsfolgen sind die Beschenkten und der Erblasser; im Interesse der Erben, also Dritter, tritt die normale Rechtsfolge der Schenkung, nämlich die endgültige Zuwendung eines Vermögensteils causa donandi, ausnahmsweise nicht ein.

28 Für diese und weitere Bsp. vgl. von Tuhr/Peter § 28 II.

2.1.2. Unzuständigkeit beim Widerruf

2.1.2.1. Absolute Unzuständigkeit

2.1.2.1.1. Begriff

Absolute Unzuständigkeit beim Widerruf besagt, dass das betreffende Rechtsgeschäft durch niemanden widerrufen werden kann. Die Rechtsfolge der Aufhebung der Wirkungen des widerrufenen Rechtsgeschäfts kann nicht rechtsgeschäftlich herbeigeführt werden.

Derartige Rechtsgeschäfte, deren Rechtsfolgen durch niemandes Willensäußerung widerrufen werden können, seien im Folgenden absolut unwiderruflich genannt. Dieser Ausschluss der Privatwillkür bedeutet eine rechtliche Regelung: Die nachträgliche Aenderung des rechtsgeschäftlich gestalteten Rechts ist mit Ausschluss des Widerrufs nicht mehr möglich.

Es geht also um die Frage: Ist die rechtsgeschäftliche Rechtsgestaltung im Einzelfall zwingend oder nicht? Der bejahenden Antwort auf diese Frage entspricht der Begriff der absoluten Unwiderruflichkeit, der folglich dann allgemeingültig ist, wenn die Frage analytisch aus dem Begriff des Rechts folgt und keine synthetischen Begriffe verwendet.¹

Der Begriff der rechtsgeschäftlichen Rechtsgestaltung ist die Antwort auf eine analytische Frage und somit allgemeingültig.² Gilt dies auch für den Begriff des zwingenden Rechts?

Jedem Recht stellt sich die Frage, welche Materien es erschöpfend regeln solle und was der rechtsgeschäftlichen Privatwillkür zu überlassen sei.³ Was aber geschieht, wenn sich die Privaten im Rahmen ihrer sanktionierten Willkür dafür entscheiden, eine vom objektiven Recht ihnen überlassene Regelung nicht zu treffen?

1 S.o. S. 1-5.

2 S.o. S. 12 f.

3 Burckhardt S. 19; vgl. o. S. 12 f.

Diese Frage muss von irgendeiner normativen Instanz beantwortet werden, und da sich die Privaten ausschweigen, kommt dazu nur das objektive Recht in Betracht. Es kommt um die Entscheidung nicht herum, denn keine Antwort ist auch eine Antwort, nämlich eine Entscheidung für das Faustrecht.⁴ Das Recht des jeweils Stärkeren ist übrigens nicht - wie man vielleicht annehmen könnte - ein Sonderfall des Rechtsgeschäfts als privatwillkürlicher Normensetzung, sondern bedeutet die Abwesenheit jeglicher Norm; denn auch die rechtsgeschäftliche Normensetzung beruht auf den objektivrechtlichen Vorschriften über das Zustandekommen von Rechtsgeschäften.⁵

Die Normen, die das objektive Recht für den Fall des Schweigens der primär zuständigen Privaten bereithält, haben per definitionem nur bedingte Geltung. Sie müssen aber von jedem Recht, das Rechtsgeschäfte kennt, in einer oder anderer Form aufgestellt werden. Der Begriff der sogenannten dispositiven Normen ist daher ebenso allgemeingültig wie der Begriff des Rechtsgeschäfts.

Folglich ist auch die Abgrenzung von unbedingt und bedingt gültigen Normen des objektiven Rechts allgemeingültig, mit anderen Worten der Gegensatz von zwingendem und dispositivem Recht.⁶

Dementsprechend ist der Begriff der absoluten Unwiderruflichkeit allgemeingültig.

2.1.2.1.2. Möglichkeit absoluter Unwiderruflichkeit

Ist ein absolut unwiderrufliches Rechtsgeschäft überhaupt logisch möglich? Bringt die Unwiderruflichkeit nicht eine fundamentale Aenderung der rechtlichen Qualifikation mit sich,

⁴ Burckhardt S. 119 f.

⁵ Burckhardt S. 18 N. 1.

⁶ Gl.M. Burckhardt S. 30 f.

so dass ein absolut unwiderrufliches Rechtsgeschäft womöglich gar kein Rechtsgeschäft mehr wäre?

Wenn ein Rechtsgeschäft absolut unwiderruflich ist, so kann die daraus folgende Rechtsgestaltung nicht mehr rechtsgeschäftlich geändert werden und ist damit zwingender Natur.

Z.B. ein absolut unwiderruflicher Vertrag kann auch durch *contrarius consensus* oder - nicht gleichbedeutend - durch Konsens aller Betroffenen nicht mehr aufgehoben werden. Eine in diesem Sinne unwiderrufliche Bevollmächtigung ist ein für allemal erteilt und kann nicht mehr rechtsgeschäftlich aufgehoben werden.

Wenn das Recht eine Materie zwingend ordnet, so bedeutet das, dass es eine bestimmte Wertung als in öffentlichem Interesse liegend anerkennt.⁷ Wenn eine rechtsgeschäftliche Rechtsgestaltung für zwingend erklärt wird, so muss folglich dieser Akt der Privatwillkür auch im öffentlichen Interesse liegen.

Rechtsgeschäfte dienen aber per definitionem der Privatwillkür und können daher nicht generell, sondern nur ausnahmsweise im öffentlichen Interesse liegen. Eine Materie, die rechtsgeschäftlich geregelt werden kann, ist damit dem Zufall und privater Willkür überantwortet.⁸ Wenn das öffentliche Interesse einer Materie derart indifferent gegenübersteht, so wird im Normalfall nicht nur einmalige rechtsgeschäftliche Regelung, sondern auch deren Aufhebung zugelassen sein. Im Einzelfall können private und öffentliche Interessen aber durchaus übereinstimmen.

Die Widerruflichkeit ist folglich die Regel; eine absolute Unwiderruflichkeit ist indessen in Einzelfällen möglich.

Beispiele für absolute Unwiderruflichkeit sind insbesondere im Gebiet des Arbeitsrechts denkbar: So könnte z.B. zur Verhütung gesamtwirtschaftlicher Schäden durch Arbeitskämpfe be-

7 Burckhardt S. 36-38.

8 Burckhardt S. 19 f.

stimmt werden, dass zukünftig einmal abgeschlossene Gesamtarbeitsverträge während einer bestimmten Mindestdauer unabänderlich und damit auch absolut unwiderruflich seien. Ein weiteres Beispiel wäre eine Rechtsordnung, die jede Scheidungsmöglichkeit der Ehe untersagt.⁹

Absolute Unwiderruflichkeit ist also im allgemeinen denkbar und nicht a priori auszuschliessen.

Wenn das positive Recht aber eine Materie grundsätzlich der rechtsgeschäftlichen Regelung überlassen hat, so hat es damit seine prinzipielle Gleichgültigkeit an der materiellen Ausgestaltung dieser Regelung bekundet; absolute Unwiderruflichkeit ist daher stets nur bei Vorliegen einer entsprechenden Ausnahmebestimmung anzunehmen.

2.1.2.2. Relative Unzuständigkeit beim Widerruf

Die Unwiderruflichkeit ist dann relativ, wenn der Widerruf als Rechtsgeschäft zwar noch möglich ist, aber nicht mehr von dem normalerweise zuständigen Subjekt vorgenommen werden kann.¹⁰

Wenn z.B. bei der Bevollmächtigung das positive Recht generell den einseitigen Widerruf durch den Prinzipal vorsieht, aber für einzelne Fälle das Einverständnis des Bevollmächtigten verlangt, dann hat es für diese Fälle relative Unwiderruflichkeit statuiert: Die Bevollmächtigung bleibt durch Rechtsgeschäft widerruflich, aber nicht mehr vom Prinzipal allein. Dies ist die "unwiderrufliche Vollmacht" im Sinne von BGB 168.¹¹

Die Unzuständigkeit kann auch hier rechtsgeschäftlich begründet werden, wie das erwähnte Beispiel zeigt: Nach BGB 168 ist die Vollmacht "auch bei dem Fortbestehen des Rechtsverhältnisses widerruflich, sofern sich nicht aus diesem ein anderes ergibt".

9 S.u. 2.2.1.S. 107.

10 S.o. S. 92 f.

11 Vgl. insbesondere von Tuhr, Festschrift, S. 59. Zur deutschen rechtlichen unwiderruflichen Vollmacht s.u. 3.3.4.1. S.189-20

2.1.3. Unzuständigkeit zum Widerruf der Bevollmächtigung

2.1.3.1. Absolute Unzuständigkeit

Ist es denkbar, dass ein positives Recht eine Bevollmächtigung als im öffentlichen Interesse liegend erklärt und ihren Widerruf der Privatwillkür entzieht? Rein logisch-begrifflich ist dies jedenfalls nicht auszuschliessen.

Denkbar ist es z.B. folgendermassen:

- Eine Rechtsordnung anerkennt das öffentliche Interesse an rascher und kompetenter Streiterledigung.
- Zur Verwirklichung dieses Zweckes hält sie u.a. die Bestellung von Schiedsgerichten für geeignet und daher für im öffentlichen Interesse.
- Zur Regelung der Schiedsgerichtsbarkeit bestimmt sie, dass die Streitparteien durch den Schiedsvertrag das Schiedsgericht unwiderruflich zu Eingriffen in ihr Vermögen bevollmächtigen.

Bei einer entsprechenden positivrechtlichen Ausgestaltung der Schiedsgerichtsbarkeit können also alle Schiedsverträge als absolut unwiderrufliche Bevollmächtigungen aufgefasst werden.

Auf die heikle Frage, ob sich ein bestimmtes positives Recht in diesem Sinne entschieden habe, werde ich hier nicht eingehen.¹

Die Denkbarkeit einer absolut unwiderruflichen Bevollmächtigung im öffentlichen Interesse ist aber unzweifelhaft.

2.1.3.2. Relative Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung

Relative Unwiderruflichkeit besagt nichts anderes, als dass die Bevollmächtigung von einem normalerweise Zuständigen

¹ Vgl. dazu Walther J. Habscheid, Droit Judiciaire Privé Suisse, Genève 1975, § 82 II S. 503-506.

nicht widerrufen werden kann.

Wer die Bevollmächtigung widerrufen kann, ist Sache werten-
der Entscheidung.²

Die Rechtsfolgen der Bevollmächtigung treffen den Vertreter
und den Prinzipal, die somit beide Subjekte der Rechtsfol-
gen des Widerrufs sind.³ Ausgesprochen wird die Bevollmäch-
tigung definitionsgemäss vom Prinzipal allein.⁴

Soll der Widerruf generell geregelt werden, so kann dies im
Sinne der Selbstverantwortung oder als *contrarius actus* er-
folgen.⁵

Gilt der Widerruf als *contrarius actus*, so kann der Prinzi-
pal allein widerrufen. Anders als beim Widerruf im allgemeinen
könnte für den Widerruf der Bevollmächtigung auch die Willens-
äusserung des Vertreters allein für massgebend erklärt wer-
den.⁶

Dies ist möglich, da die abstrakte Bestimmung der Subjekte
von Verhalten und Rechtsfolgen hier anhand des Vertretungsver-
hältnisses geschehen kann.

Sonstige Subjekte können nur in Einzelfällen zum Widerruf zu-
ständig sein, nämlich nur wenn ein besonderes Verhältnis eine
eindeutige Zuordnung ermöglicht.⁷

2 S.o. S. 79-82.

3 S.o. S. 58 f.

4 S.o. S. 57 f. bei N. 13 f.

5 S.o. S. 81.

6 Dieser Sonderfall des Widerrufs i.w.S. wird oft als Ver-
zicht bezeichnet: Bucher, OR § 33 III 5d; von Tuhr/Peter
§ 42 VI 3; Erb S. 254; Flume § 51 3; Thiele § 168 N. 8;
Soergel/Schultze-von Lasaulx § 168 N. 5; Larenz § 31 IIIa
S. 542 f.; Staudinger/Coing § 168 N. 11 c.

In der Österreichischen Rechtsprache wird die betreffende
Institution "Aufkündigung" genannt: ABGB 1021; Koziol/Wel-
ser S. 140 f.

7 S.o. S. 9 und S. 81.

2.2. Funktionen der unwiderruflichen Bevollmächtigung

2.2.1. Absolut unwiderrufliche Bevollmächtigung

Durch die absolute Unwiderruflichkeit wird den Privaten die Möglichkeit genommen, die Rechtsfolgen der Bevollmächtigung wieder aufzuheben. Damit anerkennt das positive Recht, dass diese Rechtsfolgen im öffentlichen Interesse liegen.¹

Die Interessen der beteiligten Privatpersonen sind für diese Entscheidung von nachrangiger Bedeutung; die Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung kann im Einzelfall durchaus den Interessen aller Beteiligten zuwiderlaufen.

Ein Beispiel wäre folgende Ordnung des Eherechts:

Das positive Recht verbietet die Ehescheidung und statuiert gleichzeitig eine umfassende Vertretung der Ehefrau durch den Ehemann.

Die Eheschliessung wäre hier zugleich eine absolut unwiderrufliche Bevollmächtigung, deren Folgen von den Beteiligten auch dann nicht aufgehoben werden können, wenn sie ihnen höchst lästig geworden sind.

Das öffentliche Interesse besteht hier an der Heiligkeit der Ehe und an der Wahrung patriarchalischer Sitten.

Aus dieser Unwichtigkeit der Privatinteressen erklärt es sich, dass die Bevollmächtigung in sämtlichen Funktionen vom positiven Recht absolut unwiderruflich gestaltet werden kann. Da das öffentliche Interesse selbst nicht typisch ist und daher auch keine eigenständige Funktion begründet,² kann auch der absolut unwiderruflichen Bevollmächtigung keine typische Funktion zugeordnet werden.

1 S.o. S. 92 und S. 102-104.

2 S.o. S. 27 f.

2.2.2. Relativ unwiderrufliche Bevollmächtigung

2.2.2.1. Unzuständigkeit bei Selbstverantwortung

Gemäss dem Grundsatz der Selbstverantwortung sind Vertreter und Prinzipal zusammen generell zuständig, die Bevollmächtigung zu widerrufen.

Dies gilt prinzipiell immer, wenn nicht das positive Recht eine Ausnahme anordnet. Bedeutet eine solche Anordnung nicht zugleich absolute Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung, so liegt verdrängende Vertretung vor: Die betreffenden Rechtsfolgen des Widerrufs können immer noch herbeigeführt werden, aber nicht mehr durch die Betroffenen.¹

Welche Funktion kann nun diese verdrängende Vertretung beim Widerruf der Bevollmächtigung haben? Wessen Interesse dient es, wenn Prinzipal und Vertreter die Bevollmächtigung nicht mehr rückgängig machen können, sondern dies einem Dritten überlassen müssen?

Der theoretisch denkbare Fall, dass dies im Interesse der Unzuständigen selbst liegt, setzt eine reichlich exotische Rechtsordnung voraus.

Dass die Unzuständigkeit im Interesse des nunmehr zuständigen Dritten liegt, ist hingegen auch ohne akrobatische Phantasie vorstellbar. Ein Beispiel ist folgender Fall:

Ein insolventer Schuldner muss im Rahmen eines Nachlassvertrags einen Vertrauensmann seiner Gläubiger zum Generalbevollmächtigten ernennen.

Dieser wird die Interessen der Gläubiger wahrnehmen; es liegt also Vertretung in Gestaltungsfunktion vor.² Es liegt nun im Interesse der Gläubiger, dass dieses Vertretungsverhältnis nur mit ihrer Zustimmung beendet werden kann.

1 S.o. S. 88 f.

2 S.o. S. 34 f.

2.2.2.2. Unzuständigkeit bei contrarius actus

2.2.2.2.1. Allgemeines

Wird der Widerruf der Bevollmächtigung durch den Prinzipal allein generell zugelassen, so bleibt daneben der Widerruf durch gemeinsames Handeln von Vertreter und Prinzipal grundsätzlich unberührt.

Wird der contrarius actus nun im Einzelfall ausgeschlossen, so bleibt der Widerruf in Selbstverantwortung immer noch möglich; die beiden Institutionen sind voneinander unabhängig.

In wessen Interesse kann nun typischerweise der Ausschluss des contrarius actus, d.h. des einseitigen Widerrufs der Bevollmächtigung durch den Vertretenen liegen?

Die Unzuständigkeit kann zwei typische Funktionen erfüllen: Schutz der Interessen der Betroffenen oder Schutz der Interessen Dritter.³ Betroffen sind die Subjekte der Rechtsfolgen, die normalerweise eingetreten wären, wenn nicht Unzuständigkeit bestünde.⁴ Bei der Bevollmächtigung sind dies der Vertreter und der Prinzipal.⁵

Die Funktion der Unzuständigkeit im Interesse der betroffenen Subjekte besteht in deren Schutz vor dem Subjekt des Verhaltens. Dies ist bei der Bevollmächtigung definitionsgemäss der Prinzipal: Er äussert die Bevollmächtigung. Vor dem Prinzipal wird er selbst, der Vertreter oder beide zusammen geschützt.

Der Schutz der Interessen beider zusammen ist allerdings keine typische Funktion; die Interessen verschiedener Subjekte sind typischerweise nicht übereinstimmend.⁶ Liegt die Unzuständigkeit im Einzelfall im Interesse beider, so erfüllt sie eine Doppelfunktion.

3 S.O. S. 95 f. und S. 99 f.

4 S.O. S. 96.

5 S.O. S. 58 f. und S. 62.

6 S.O. S. 27 nach N. 5.

Es bestehen folglich drei typische Funktionen der Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung: Im Interesse des Prinzipals, des Vertreters oder Dritter.

2.2.2.2.2. Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung im Interesse des Prinzipals

Kann es zum Schutz des Prinzipals vor sich selbst geboten sein, eine von ihm erteilte Bevollmächtigung ausnahmsweise dem Widerruf durch contrarius actus zu entziehen?

Die jederzeitige einseitige Widerruflichkeit bringt dem Prinzipal allerdings typischerweise Vorteile. Es sind indessen Fälle denkbar, da die einseitige Widerrufsmöglichkeit den wohlverstandenen Interessen des Prinzipals widerspricht und daher zu seinem Schutz vor sich selbst ausgeschlossen werden kann.

Dies setzt voraus, dass die Wirkung der Bevollmächtigung im typischen Interesse des Vertretenen liegt, was nur bei organisatorischer Vertretung der Fall ist.

So wäre es z.B. möglich, anstatt der Entmündigung auf eigenes Begehren nach ZGB 372 eine in diesem Sinne relativ unwiderrufliche Bevollmächtigung einer Vertrauensperson vorzuziehen: Wer den Verfall seiner geistigen Kräfte spürt, könnte dann eine Privatperson seines Vertrauens zur Führung seiner Angelegenheiten bevollmächtigen und wäre dann infolge der relativen Unwiderruflichkeit davor geschützt, beim Fortschreiten seiner Krankheit oder Senilität die Bevollmächtigung entgegen seinen Interessen einseitig zu widerrufen.

2.2.2.2.3. Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung im Interesse des Vertreters

In dieser Funktion schützt die Unzuständigkeit die Interessen des Vertreters vor unerwünschten Rechtsfolgen des Verhaltens des Prinzipals.

Wann sind nun die Rechtsfolgen des Widerrufs der Bevollmächtigung durch den Prinzipal für den Vertreter typischerweise unerwünscht?

Die Antwort lautet: Immer dann, wenn das Bestehen der Vertretung als mittelbare Rechtsfolge der Bevollmächtigung im typischen Interesse des Vertreters liegt, mit anderen Worten bei Vertretung in gestaltender Funktion und verfügungsähnlicher Bevollmächtigung. Ein Beispiel ist die nach deutschem Recht zulässige Unwiderruflichkeit des *mandatum in rem suam*.⁷ Kennzeichnender Tatbestand dieser Rechtsfigur ist folgender: A schuldet dem B 100.-- DM und hat gegen C ein Guthaben von ebenfalls 100.-- DM. Anstatt das Guthaben einzutreiben und mit dem erhaltenen Geld seine Schuld bar zu bezahlen, kann er B unwiderruflich bevollmächtigen, die 100.-- DM von C einzuziehen und selbst zu behalten. Die Bevollmächtigung ist hier ein Erfüllungssurrogat und hat Verfügungsfunktion. Wird sie dem einseitigen Widerruf durch den Vertretenen entzogen, so wird damit das Interesse des Vertreters geschützt.

Die Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion⁸ wird durch die Unwiderruflichkeit der Verfügung noch mehr angeglichen.

2.2.2.2.4. Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung im Interesse Dritter

Die blosse Unzuständigkeit bei *contrarius actus* gewährt dem Dritten nicht die Möglichkeit zu so umfassender Beeinflussung des Vertretungsverhältnisses wie die Unzuständigkeit bei Selbstverantwortung, verbunden mit verdrängender Vertretung:⁹ Die Unzuständigkeit bei *contrarius actus* betrifft ausschliesslich den Prinzipal, und der Widerruf in Selbstverant-

7 Vogt S. 37-39; von Tuhr, Festschrift, S. 70. Vgl. auch u. S. 189-206.

8 S.o. S. 83 f.

9 Vgl. dazu o. S. 108.

wortung, durch gemeinsames Handeln von Vertreter und Prinzipal, bleibt immer noch möglich. Hier verschiebt sich die Zuständigkeit nicht von den Subjekten der Rechtsfolgen zu einem Dritten, sondern vom Prinzipal allein zu Vertreter und Prinzipal.

Die Einwilligung des Vertreters zum Widerruf wird unerlässlich.

Wann liegt dies im Interesse Dritter?

Auch hier wird der Bestand des Vertretungsverhältnisses erleichtert; es kann nicht mehr durch einseitigen Widerruf der Bevollmächtigung durch den Vertretenen dahinfallen. Der Dritte muss somit an der Aufrechterhaltung des Vertretungsverhältnisses interessiert sein, was wiederum bedingt, dass er an der Vertretung selbst interessiert ist.

Dies wird nur ausnahmsweise der Fall sein: Bei Vertretung im typischen Interesse Dritter hat die Bevollmächtigung und damit auch die unwiderrufliche Bevollmächtigung keinen Platz.¹⁰ In Einzelfällen kann auch die Vertretung in organisatorischer oder gestaltender Funktion im Interesse Dritter liegen; immer dann nämlich, wenn die Interessen eines Dritten aufgrund eines besonderen Verhältnisses - wie Vertrag zur Interessenwahrung, Gläubigerstellung, Verwandtschaft etc. - mit den Interessen eines Beteiligten übereinstimmen.¹¹

Daneben muss der Dritte aber auch daran interessiert sein, dass nunmehr die Mitwirkung des Vertreters zum Widerruf erforderlich ist. Dies bedeutet, dass er seine Interessen durch die Mitwirkung des Vertreters besser gewahrt sieht, als durch den Prinzipal allein. Das erwähnte besondere Verhältnis muss also zwischen dem Vertreter und dem Dritten punktuelle Uebereinstimmung der Interessen herbeiführen; der Vertreter wahrt die Interessen des Dritten aufgrund dieses besonderen Verhältnisses.

¹⁰ S.o. S. 84 f.

¹¹ Ein Beispiel s.o. S. 108. Gl.M. Mechem § 581, zit. u. S. 144 in N. 24.

Wenn der Vertreter die Interessen eines Dritten wahrnimmt, kann er typischerweise nicht gleichzeitig im Interesse des Prinzipals handeln, das ja typischerweise von demjenigen des Dritten verschieden ist.¹²

Folglich kann diese Funktion der Unwiderruflichkeit bei organisatorischer Vertretung nicht vorkommen.

Im Interesse Dritter liegt die Unzuständigkeit des Prinzipals zum einseitigen Widerruf der Bevollmächtigung durch *contrarius actus* somit nur bei Vertretung in Gestaltungsfunktion, und zwar für jene Spezialfälle, bei denen der Vertreter seinerseits im Interesse eines Dritten handelt,¹³ d.h. die Interessen von Vertreter und Drittem ausnahmsweise übereinstimmen.¹⁴ Aufgrund dieser punktuellen Übereinstimmung liegt hier auch die Unwiderruflichkeit im Interesse des Vertreters. Die Unwiderruflichkeit im Interesse Dritter ist somit ein Spezialfall der Unwiderruflichkeit im Interesse des Vertreters und keine selbständige Funktion.

2.2.2.3. Unzuständigkeit beim Verzicht¹⁵

Die Institution des Verzichts ermöglicht dem Vertreter, die Wirkung der Bevollmächtigung aufzuheben.

Das Entfallen dieser Möglichkeit erschwert zunächst ganz allgemein die Aufhebung der Bevollmächtigungswirkung. Diese ist als einzelne Voraussetzung der Vertretung Bestandteil des Vertretungsverhältnisses;¹⁶ ihr Fortbestehen liegt daher nur im Interesse derjenigen, die an der Vertretung interessiert sind.

Dies ist bei organisatorischer Vertretung der Prinzipal, bei

12 S.O. S. 27 nach N. 5.

13 S.O. S. 34 f. bei N. 29 ff.

14 S.O. S. 35.

15 S.O. S. 106 bei N. 6 mit Nachweisen.

16 S.O. S. 54.

Vertretung in Gestaltungsfunktion der Vertreter und bei Vertretung in Schutzfunktion ein Dritter. Da die Vertretung in Schutzfunktion der Willkür des Prinzipals entzogen ist und daher keine Bevollmächtigung kennt,¹⁷ können Dritte an der Unzuständigkeit beim Verzicht nur ausnahmsweise, aufgrund eines besonderen Verhältnisses, interessiert sein. Eine Funktion der Unzuständigkeit beim Verzicht im typischen Interesse Dritter gibt es deshalb nicht.

Die Möglichkeit zum Widerruf der Bevollmächtigung in Selbstverantwortung oder auch durch *contrarius actus* wird von der Unzuständigkeit beim Verzicht nicht betroffen und bleibt weiterhin bestehen - andernfalls läge absolute Unzuständigkeit vor.¹⁸ Die relative Unzuständigkeit, nämlich nur auf den Verzicht beschränkt, hat also eine Kompetenzverschiebung zur Folge: Zum Widerruf der Bevollmächtigung ist nunmehr eine Willensäußerung des Prinzipals erforderlich.

Typischerweise liegt dies im Interesse des Prinzipals; er kann damit bestimmen oder wenigstens mitbestimmen, wann und wie die Folgen seiner Bevollmächtigung rückgängig gemacht werden können.

Bei organisatorischer Vertretung liegt die Folge der Bevollmächtigung zudem ebenfalls im typischen Interesse des Prinzipals. Hier findet die Unzuständigkeit beim Verzicht folglich ihr Hauptanwendungsgebiet.

Im Interesse des Vertreters liegt die Unzuständigkeit zum Verzicht nur dann, wenn er vor sich selbst geschützt werden soll. Das bedingt, dass die Bevollmächtigung objektiv in seinem Interesse erteilt worden ist. Dies ist typischerweise der Fall bei gestaltender Vertretung: Unter gewissen Umständen kann es zum Schutz des Vertreters erforderlich sein, ihm die Möglichkeit zum Verzicht auf eine lukrative Vollmacht¹⁹ zu nehmen.

17 S.o. S. 84 f.

18 S.o. S. 92 f.

19 Zum Vollmachtsbegriff vgl. o. S. 58 f.

Im Interesse Dritter liegt die Unzuständigkeit zum Verzicht dann, wenn einer der Beteiligten aufgrund eines besonderen Verhältnisses die Interessen eines Dritten wahrnimmt.²⁰

20 Analog o. S. 111-113.

3. RECHTSVERGLEICHUNG

3.1. Gegenstand der Untersuchung

Die nun folgenden Ausführungen zur Rechtsvergleichung werde ich auf die Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung durch contrarius actus, d.h. durch den Prinzipal allein, beschränken.

Die Unzuständigkeit zum Widerruf in Selbstverantwortung oder zum Verzicht ist mithin nicht Gegenstand der Untersuchung, ebenso nicht die absolute Unwiderruflichkeit.

Es geht also um die Frage nach der Zulassung bzw. dem Ausschluss des Widerrufs der Bevollmächtigung durch contrarius actus.

Wie im Folgenden nochmals kurz rekapituliert wird, ist diese Frage allgemeingültig, da sie nur Begriffe verwendet, die analytisch aus dem Begriff des Rechts abgeleitet worden sind:

- Der Begriff der Bevollmächtigung entspricht der allgemeingültigen Frage, ob die Willensäußerung des Prinzipals eine Voraussetzung der Vertretung sei.¹ Diese Frage ihrerseits ist ebenfalls analytisch: Der Begriff der Vertretung ist allgemeingültig als Ausnahme von der generellen Zuordnung der Subjekte von Verhalten und Rechtsfolgen im Sinne der Selbstverantwortung definiert worden.²

Die Voraussetzungen einer Ausnahme gehören analytisch zum Begriff der Ausnahme.³ Die Gestaltung des Rechts in Abhängigkeit von Willensäußerungen Privater ist ebenfalls ein allgemeingültiger Begriff.⁴

Ebenfalls gehören analytisch zum Begriffe des Rechts die Begriffe von Verhalten und Rechtsfolgen sowie deren Sub-

1 S.o. S. 55-58.

2 S.o. S. 5-10.

3 S.o. S. 55 bei N. 4 f.

4 S.o. S. 12 f.

jekte.⁵ Der Begriff des Prinzipals als besonders umschriebenes Subjekt der Rechtsfolgen folgt seinerseits analytisch aus dem Begriff der Vertretung: Die ausnahmsweise Diskrepanz der Subjekte von Verhalten und Rechtsfolge führt zur begrifflichen Trennung dieser Subjekte in Prinzipal und Vertreter.⁶

- Der Widerruf der Bevollmächtigung annulliert deren Rechtsfolgen. Der Begriff der Rechtsfolgen der Bevollmächtigung ist analytisch aus dem Begriff der Bevollmächtigung gewonnen und folglich allgemeingültig. Die Frage nach der rechtsgeschäftlichen Aufhebung dieser Rechtsfolgen ist daher ebenfalls allgemeingültig.⁷

- Die Frage, wessen Willensäußerung diese Folge herbeiführen könne, ist identisch mit der allgemeinen Frage nach der Zuordnung der Subjekte von Verhalten und Rechtsfolgen.

Der Begriff des Prinzipals ist, wie soeben gezeigt, allgemeingültig; folglich enthält die Frage, ob die Willensäußerung des Prinzipals die Aufhebung der Rechtsfolgen der Bevollmächtigung bewirken könne, kein synthetisches Element und ist allgemeingültig.

- Ebenso ist der Begriff der Unzuständigkeit allgemeingültig.⁸

Nach alledem ist die Frage nach der Unzuständigkeit des Prinzipals zum Widerruf der Bevollmächtigung durch contrarius actus allgemeingültig.

Der bejahenden Antwort auf diese Frage entspricht der allgemeingültige Begriff der Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung im engeren Sinne, den ich für die Zwecke der folgenden rechtsgeschichtlichen und rechtsvergleichenden Untersuchung kurz Unwiderruflichkeit nennen werde. Es ist also zu beachten, dass hier eine Zäsur in der verwendeten Terminologie auf-

5 S.O. S. 6 f.

6 S.O. S. 10.

7 S.O. S. 77 f.

8 S.O. S. 87 f.

tritt; eine Weiterführung der bisherigen Terminologie wäre zu schwerfällig.

Die Unwiderruflichkeit im hier, ab jetzt, verwendeten Sinne liegt typischerweise im Interesse des Vertreters,⁹ und somit hat sie ihren Platz bei der Vertretung in Gestaltungsfunktion.¹⁰

Da die Bevollmächtigung ein Rechtsgeschäft ist, hat auch die unwiderrufliche Bevollmächtigung ihren Platz im Privatrecht.¹¹ Somit erübrigt sich eine Untersuchung des staatlichen Organisationsrechts, da dieses a priori zwingend und daher öffentliches Recht ist.¹² Dasselbe gilt vom Strafrecht¹³ und vom Verwaltungsrecht, soweit der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung gilt.

9 A priori konnte eine Funktion dieser Unwiderruflichkeit im Interesse des Prinzipals nicht ausgeschlossen werden (s.o. S. 110), wohl aber konnte ihre Funktion im Interesse Dritter als blosser Spezialfall der Funktion im Interesse des Vertreters dargestellt werden (s.o. S. 111-113). Ich konnte jedoch bei keiner der untersuchten Rechtsordnungen eine Funktion der Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung im hier festgelegten Sinn feststellen, die im Interesse des Prinzipals liegt.

10 S.o. S. 110 f.

11 Burckhardt (Methode) § 8.

12 Burckhardt (Methode) S. 170; S. 187.

13 Burckhardt (Methode) S. 234.

3.2. Geschichtlicher Ueberblick

3.2.1. Einleitung

Zweck dieses historischen Abrisses ist nicht die umfassende Darstellung der Entwicklung des Rechts der Vertretung und insbesondere der unwiderruflichen Bevollmächtigung.

Es geht hier lediglich um eine historische Rechtsvergleichung; es soll versucht werden, die Antworten einzelner historischer Rechte auf die oben formulierten Fragen darzulegen.

Es sind dies primär die Frage nach der unwiderruflichen Bevollmächtigung und sekundär die ihr zugrunde liegenden Fragen nach der Vertretung überhaupt, nach der Bevollmächtigung und deren Widerruf in den einzelnen Funktionen der Vertretung.

Entsprechend der teilweise ungenügenden Quellenlage lassen sich teilweise nur die grundlegenden Fragen, wie nach der Vertretung an sich, beantworten.

3.2.2. Vorrömische Rechte

Diese frühen Rechtsordnungen sind sehr lückenhaft überliefert. Die Quellen fliessen spärlich, und der wirtschaftliche und gesellschaftliche Hintergrund ist uns wenig bekannt. Dazu kommt eine ausgeprägte Fremdheit der Rechtsordnungen, die durch keine ununterbrochene Tradition auf unser heutiges Denken eingewirkt haben.

Immerhin lässt sich die allgemeinste der erwähnten Fragen mit annähernder Sicherheit beantworten: Alle bekannten Rechtsordnungen kannten die Vertretung in dem Sinne, dass sie mindestens in Einzelfällen eine Diskrepanz der Subjekte von Verhalten und Rechtsfolgen zuliessen.

Die älteste halbwegs zuverlässig überlieferte Rechtsordnung ist die babylonische: Um 1700 v.Chr. erliess Hammurabi seinen berühmten Codex.

Die Sprache der damals herrschenden Schicht gehörte zu der semitischen Sprachgruppe. Inwieweit sich Spuren der altbabylonischen Rechtsauffassung im Recht anderer semitischer Völker nachweisen lassen, z.B. im hebräischen Talmud oder im islamischen Recht - der fiqh -, ist ungeklärt; eine ungebrochene Ueberlieferung dürfte jedenfalls kaum nachzuweisen sein.

Der Codex Hammurabi erwähnt die Vertretung nicht.

Jedoch ist in erhaltenen Urkunden folgender Fall bezeugt:¹ Der Eigentümer eines Feldes bevollmächtigt den städtischen Torwächter, das Feld einem Ausländer zu verpachten. Sowohl die Vollmachtsurkunde wie der Pachtvertrag sind erhalten. Daraus lässt sich schliessen, dass einerseits die organisatorische Vertretung und andererseits deren Begründung in Abhängigkeit vom Willen des Prinzipals im babylonischen Recht bekannt waren.

Die Bevollmächtigung an sich ist somit bereits im zweiten Jahrtausend v.Chr. bezeugt. Ueber die Möglichkeit allfälligen Widerrufs geben die Quellen keine Auskunft.

Auch im griechisch-hellenistischen Recht war die Vertretung bekannt. Es "zeigen die attischen Quellen, dass den Griechen der Gedanke der direkten Stellvertretung ganz als selbstverständlich erschienen ist ..."²

Dasselbe galt für das Recht des ptolemäischen Aegyptens.³

Das jüdisch-talmudische Recht kennt die Vertretung nach dem Grundsatz: "Jemandes Vertreter ist wie er selbst."⁴ Die Möglichkeit der Vertretung ergibt sich bereits aus dem Pentateuch,⁵ d.h. aus vorrömischer Zeit. Auch das Institut der Bevollmächtigung, also der gewillkürten Vertretung, ist bekannt.⁶

1 Cuq S. 179, Beispiel 4. Vgl. auch Müller S. 16 N. 16.

2 Wenger § 23, S. 166.

3 Wenger § 35.

4 Herzog S. 141; vgl. auch Müller S. 16 N. 17.

5 Herzog a.a.O.

6 Herzog S. 148.

Allerdings scheint die unwiderrufliche Bevollmächtigung nach jüdischem Recht nicht zugelassen zu sein,⁷ was wohl von der Auffassung herrührt, die Vertretung sei immer im Interesse des Prinzipals.⁸

7 Herzog S. 152.

8 Herzog S. 142 f.

3.2.3. Römisches Recht

3.2.3.1. Allgemeines

Nach allgemein anerkannter Lehre war im klassischen römischen Recht Vertretung nur in beschränktem Masse möglich.¹

Wenn man aber behaupten wollte, es habe ein "Verbot jeglicher unmittelbaren Drittberechtigung und Drittverpflichtung"² bestanden, so ist dies m.E. irrig.

Wohl kannte das römische Recht nicht die generelle Möglichkeit der gewillkürten Vertretung bei Rechtsgeschäften, wie sie in OR 32 ff. oder BGB 164 ff. vorgesehen ist; aber das heisst nur, dass die Voraussetzungen der Vertretung als Ausnahme von der Selbstverantwortung im römischen Recht anders und strenger waren als im modernen Recht.

Im Folgenden werde ich zunächst anhand einiger Beispiele das Bestehen und die praktische Wichtigkeit der Vertretung im römischen Recht nachweisen, um anschliessend auf die Möglichkeit unwiderruflicher Bevollmächtigung zu sprechen zu kommen.

3.2.3.2. Vertretung in organisatorischer Funktion

Gaius D. 44,7,2,pr.-§ 2, äussert sich wie folgt: "Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis ... Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam vel per nuntium."

Die Konsensualkontrakte konnten also grundsätzlich "per nuntium" abgeschlossen werden. Dasselbe galt auch für das pactum,³ und das constitutum debiti.⁴

1 Vgl. insbesondere Kaser I § 62 und Müller S. 14 N. 5 mit umfassendem Nachweis der h.L.

2 Müller S. 16.

3 Paul. D. 2,14,2,pr.

4 Ulp. D. 13,5,14,3.

Ob aus Jul. D. 39,5,2,6, auch die Zulässigkeit der traditio per nuntium folgt, wie Kaser⁵ meint, scheint mir fraglich.

Immerhin war jedenfalls für den überwiegenden Teil der form-freien Geschäfte der Abschluss "per nuntium" zugelassen.

Dass der nuntius aber ein Vertreter - im Sinne der hier verwendeten Definition - ist, steht ausser Zweifel: Er ist Subjekt des Verhaltens - nämlich der Willensäusserung -, dessen Folgen beim Prinzipal eintreten; und zwar im Interesse des Prinzipals, um diesem eine zweckmässige Organisation zu ermöglichen.

Ein Geschäft, das "per nuntium" vorgenommen wird, ist ein Anwendungsfall organisatorischer Vertretung.

Alle Versuche, den nuntius oder Boten begrifflich vom Vertreter abzugrenzen, sind jedenfalls dann a priori zum Scheitern verurteilt, wenn als Kriterium der Abgrenzung genommen wird, "wessen" Willensäusserung geäussert worden sei.

Gerade dies versucht aber die herrschende Lehre im deutschen Rechtskreis; so schreibt z.B. Flume: "Der Stellvertreter vollzieht selbst das Rechtsgeschäft, indem er seine Willenserklärung im Namen des Vertretenen abgibt. Der Bote dagegen überbringt nur die von einem anderen abgegebene Willenserklärung."⁶

Diese Abgrenzungsversuche müssen notwendigerweise fehlschlagen:

- Dass nach aussen hin allein der Bote auftritt und den Wil-

5 Kaser I § 62 II bei N. 12.

Eine umfassende Zusammenstellung der Geschäfte, die per nuntium geschlossen werden konnten, findet sich bei Schlossmann I S. 315 N. 1.

6 Flume § 43 4 nach N. 16. Ebenso die ganze h.L.; statt vieler: von Tuhr/Peter § 41 bei N. 13a ff.; Oser/Schönenberger vor Art. 32 N. 9; Soergel/Schultze-von Lasaulx vor § 164 N. 53; Larenz § 30 I c; Müller-Freienfels S. 105; von Tuhr § 84 bei N. 34 ff.

len äussert, kann nicht bestritten werden.⁷

- Ein nicht geäusselter Wille ist objektiv nicht feststellbar und daher rechtlich unbeachtlich.⁸
- Somit ist auch nicht feststellbar, ob der von einem Boten oder sonstigen Vertreter geäusserte Wille von ihm selbst oder vom Prinzipal gebildet worden ist; fest steht nur, wer den Willen äussert.
- Ergo kann die Abgrenzung zwischen selbständiger Willens- äusserung und Ueberbringung einer fremden Willensäusserung nicht objektiv vorgenommen werden.

Daran ändert sich nichts, wenn der Wille des Prinzipals feststeht; ob der vom Boten geäusserte Wille nicht doch von diesem selbst gebildet worden sei, lässt sich trotzdem nicht ausschliessen.

- Das Abstellen auf "das äussere Auftreten der Hilfsperson"⁹ macht die Sache auch nicht besser. Die Hilfsperson kann wohl durch ihr Auftreten geringere oder grössere Abhängigkeit vom Prinzipal bekunden, ihr Auftreten ergibt aber niemals, ob sie den geäusserten Willen selbständig gebildet habe; die psychologische Tatsache der Willensbildung ist im Gegensatz zur Willensäusserung rein subjektiv. Wenn die Hilfsperson aussagt, der von ihr geäusserte Wille entspreche bis ins Detail dem Willen des Geschäftsherrn, dann ist noch durchaus offen, ob sie nun als Bote oder als Vertreter "mit gebundener Marschroute"¹⁰ auftritt.

Das Kriterium der herrschenden Lehre zur Abgrenzung des Boten vom "eigentlichen" Vertreter ist also schlechterdings unbrauchbar.¹¹

⁷ Anders bei dem Fall, da der Bote eine schriftlich festgehaltene Willensäusserung des Prinzipals überbringt; dies fällt aber unter den Begriff des "contrahere per epistulam", nicht "per nuntium".

⁸ S.O. S. 12 bei N. 47.

⁹ Flume a.a.O. Ebenso die heute h.L.; s.O. N. 6. Anders Staudinger/Coing vor § 164 N. 27.

¹⁰ Flume § 43 4 bei N. 20.

¹¹ Gl. M. schon Savigny § 57; insbesondere Schlossmann I § 28.

Die geistreiche Polemik Schlossmanns zu diesem Thema ist derart schlagend, dass ich sie dem Leser nicht vorenthalten möchte:¹²

"Und denken wir uns nun gar in die Lage des C!¹³ Angenommen, der Herr will ihn als Boten benutzen, nicht als Vertreter, oder umgekehrt. Wie soll der Aermste es anstellen, dass er die ihm übertragene Funktion auch richtig verrichte? Wer erteilt ihm Unterricht darin, wie man bei Aeussierung des Willens, ein Fass Wein für den Herrn zu erwerben, 'selbstbesschliessend', und wie man 'unselbständig' dabei auftritt? Oder kommt es etwa wie eine Inspiration über ihn, so dass er schon infolge des Auftrages das Richtige trifft? ... Man wird gestehen müssen, dass es sich hier um Ausflüsse grauester, dem Leben völlig abgewendeter Theorie handelt." Ein weiterer Kommentar zur herrschenden Lehre erübrigt sich.

Entsprechend wird denn auch im heutigen OR der Bote praktisch wie ein Vertreter behandelt.¹⁴

Nach alledem ist der nuntius zweifellos ein organisatorischer Vertreter.

Savigny schloss aus der Zulassung des "contrahere per nuntium", dass im römischen Recht die organisatorische Vertretung schon in demselben Masse wie heute anerkannt war.¹⁵ Diese Ansicht wird von der modernen Lehre m.E. zu Recht abgelehnt.¹⁶ Aus der "stets wiederkehrenden Zusammenstellung"¹⁷ des Boten mit dem Briefe ist zu schliessen, dass der gesamte Inhalt der Willensäusserung schon in der Bevollmächtigung bestimmt sein musste. Der nuntius entsprach damit dem Vertreter mit gebundener Marschroute.

12 Schlossmann I § 28 S. 311.

13 D.h. der Hilfsperson.

14 So auch von Tuhr/Peter § 41 bei N. 18 ff.

15 Savigny § 57.

16 Kaser I § 62 II bei N. 8 ff.; vgl. schon Mitteis § 4 mit umfassenden Quellenbelegen.

17 Wie auch Savigny § 57 nach N. d. zugibt.

Inwieweit sozial untergeordnete Stellung¹⁸ oder äusseres Auftreten des Boten¹⁹ wesentlich waren, wage ich hier nicht zu entscheiden.

Dass im römischen Recht aber - wenn auch in beschränktem Masse - organisatorische Vertretung bekannt war, ist nach dem Vorhergehenden nicht mehr zu bezweifeln.

3.2.3.3. Vertretung in Schutzfunktion

Reine, ausschliessliche Schutzfunktion im Interesse Dritter hat z.B. die Noxalhaftung der Gewalthaber für Delikte ihrer Gewaltunterworfenen. "Ex maleficiis filiorum servorumve ... noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem ferre aut noxae dedere."²⁰

Aus den Delikten der Hauskinder und Sklaven wird also der Gewalthaber verpflichtet, entweder den Täter auszuliefern oder Busszahlung zu leisten.²¹

Gleichzeitig organisatorische und schützende Funktion haben die adjektivischen Klagen.

Die rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen der Gewaltunterworfenen hatten ihnen selbst gegenüber nur die Wirkung einer obligatio naturalis.²² Ebenso wenig konnte der Gläubiger für seinen Anspruch auf den Gewalthaber zurückgreifen.²³

"Angesichts einer derartigen rechtlichen Lage bedarf es keiner Erörterung mehr, dass dem Anspruchsberechtigten nur ein ungenügender Rechtsschutz zuteil wurde ... Andererseits wirkte sich jedoch diese lediglich den Gewalthaber begünstigende Regelung wie ein 'Bumerang' aus; denn die augenscheinliche rechtliche Benachteiligung hielt in zunehmendem Masse die Römer davon ab, mit Gewaltunterworfenen zu kontrahieren ..."²⁴

18 So Schlossmann I § 28 S. 318 ff.

19 So Mitteis S. 131 ff.

20 Gaius IV, 75.

21 Kaser I § 147 I 1.

22 Ulp. D. 44, 7, 14.

23 Jörs/Kunkel/Wenger § 165.

24 Müller S. 21 nach N. 52.

Um einerseits die Dritten vor offensichtlicher Benachteiligung zu schützen und andererseits dem Gewalthaber zu ermöglichen, sich durch seine gewaltunterworfenen "Organe"²⁵ zu verpflichten, führte der Prätor die "actiones adiecticiae qualitatis" ein.²⁶

Die Actiones exercitoria und institoria wurden auch gewährt, wenn kein personenrechtliches, sondern nur ein soziales Abhängigkeitsverhältnis zwischen dominus und Hilfsperson bestand.²⁷

Im Laufe der spätklassischen Entwicklung wurde der Anwendungsbereich der adjektizischen Klagen mehr und mehr ausgeweitet.²⁸

So wurde sowohl die Möglichkeit des Geschäftsherrn zu zweckmässiger Organisation durch die Verwendung Freier als institores wesentlich erweitert, als auch der Schutz Dritter verbessert, denen auch bei Geschäften mit Hilfspersonen sui iuris der Durchgriff auf den Hintermann offenstand.

Ob ein Handeln der Hilfsperson im Namen des Geschäftsherrn notwendige Voraussetzung der adjektizischen Haftung war, ist streitig.²⁹

25 Kaser I § 62 IV 2.

26 Kaser I § 141 I 1. Jörs/Kunkel/Wenger § 165 und § 58 3.

27 Zur actio exercitoria:

Gaius IV, 71: "... quia etiam, licet extraneum quisquam magistrum navi praeposuit, sive servum sive liberum, tamen ea praetoria actio in eum redditur." Vgl. auch Ulp. D. 14,3,7,1.

Zur allgemeineren actio institoria: Gaius IV, 71: "Institoria vero formula tum locum habet, cum quis ... cuilibet negotiationi filium servumve aut quemlibet extraneum, sive servum sive liberum, praeposuit, ..." Ulp. D. 14,3,7,1: "Parvi autem refert, quis sit institor, masculus an femina, liber an servus proprius vel alienus."

28 Zur Ausdehnung auf den Vermögensverwalter durch eine actio utilis ad exemplum actionis institoriae: Pap. D. 14,3,19, pr. und Müller S. 22 f., Kaser I § 141 II 5.

29 Dafür: Windscheid/Kipp § 482 bei N. 9; Mitteis § 3; Lenel II S. 142-144.

Dagegen die heute wohl herrschende Lehre: Kaser I § 141 N. 26; Jörs/Kunkel/Wenger § 169 N. 3.

M.E. war dies nicht der Fall:

Das hauptsächlichste Argument der Befürworter einer solchen Voraussetzung ist folgendes: "Die modernen Gesetzgebungen z.B. lassen sich am Princip der directen Stellvertretung³⁰ vollkommen genügen, ohne eine objective Haftung des Principals ... zu statuieren, und dass dieser Rechtszustand ein innerlich vollkommen berechtigter ist, und der Dritte, der von der Existenz eines Principals beim Contractsabschluss vielleicht gar nichts gewusst hatte, diesen nicht nachträglich aus objectiven Gründen in Anspruch nehmen kann, ist neuerlich von Jhering³¹ so treffend dargetan worden, dass hierüber kein Wort weiter zu verlieren ist. Dass aber das römische Recht hierin eine andere Auffassung gehabt hätte, ist durch nichts bewiesen und aus inneren Gründen äusserst unwahrscheinlich."³²

Als Mitteis um 1885 diese Zeilen schrieb, war die Möglichkeit der undisclosed agency in England seit einem Jahrhundert anerkannt,³³ und seit zwanzig Jahren die umfassende Haftung des undisclosed principal auch für unautorisierte Rechtsgeschäfte seines Vertreters³⁴ - also die undisclosed agency in reiner Schutzfunktion.³⁵

Schlagender ist die Berufung auf die "innerliche Berechtigung" eines Rechtszustands kaum zu widerlegen.

Somit steht nichts entgegen, Ulp. D. 14,1,1,pr. im Sinne einer Zulassung der undisclosed agency mindestens bei der actio

30 D.h. der offenen Vertretung.

31 Z.B. Jhering (1857) S. 320-322. Mitteis macht keine Angaben.

32 Mitteis S. 27, ähnlich Lenel a.a.O.

33 Nelson vs. Powell, 1784, 3 Douglas's Reports, King's Bench 410, zit. nach Stoljår S. 210 N. 37.

34 Edmunds vs. Bushell and Jones, 1865 Law Report 1 Queens Bench 97, zit. nach Anson/Guest S. 579.

35 S.o. S. 41-49. Sofern die Bevollmächtigung Voraussetzung der Haftung des Prinzipals ist, dient die Vertretung immer auch dessen Organisation oder den Interessen des Vertreters, s.o. S. 83-85.

exercitoria zu verstehen: "Nam cum interdum ignari, cuius sint condicionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus, aequum fuit eum, qui magistrum navi imposuit, teneri, ut tenetur, qui institorem tabernae vel negotio praeposuit."

Kein Beweis, aber ein interessantes Indiz ist dabei, dass die römischen Quellen häufig vom institor tabernae praepositus sprechen - genau dieser Sachverhalt lag auch dem Fall *Watteau vs. Fenwick* zugrunde!

Mehr Beweiskraft dürfte aber den rechtspolitischen Begründungen zukommen, die im römischen und im englischen Recht frappant übereinstimmen:

- Ulp. D. 14,3,1,: "Aequum praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri."
- Stoljār S. 57 f.: "... the whole history of dormant partnership clearly shows that such persons are liable not because they act in a business, but because they share in the profits of a firm. So seen, furthermore, no good reason exists why an undisclosed principal should have more generous treatment ..."

Der Nachweis, dass im römischen Recht die Vertretung auch in Schutzfunktion bekannt war, gab somit zugleich Gelegenheit, eine weitere Parallele zwischen römischem Recht und Common law zu erkennen.³⁶

3.2.3.4. Gestaltende Funktion der Vertretung

Mit dem Bisherigen ist wohl genügend dargelegt, dass die Vertretung auch im römischen Recht bekannt war, wenn auch nicht im Sinne der heutigen Regelung z.B. im OR.

³⁶ Vgl. insbesondere auch Buckland/Mc Nair/Lawson S. 219 und zu weiterer Literatur Peter S. 66-68 N. 24 ff.

Nach diesem Exkurs nun zurück zum eigentlichen Thema: Kannte das römische Recht auch eine unwiderrufliche Bevollmächtigung?

Eine unwiderrufliche Bevollmächtigung im Interesse des Prinzipals, zu seinem Schutz vor sich selber, habe ich nicht feststellen können.³⁷ Insbesondere ist nach klassischem Recht auch die Manusehe von beiden Teilen - also auch von der Frau - frei auflösbar.³⁸

Wie ist es aber bei der Unwiderruflichkeit im Interesse des Vertreters?

Diese Funktion hat ihren Platz bei der Vertretung in Gestaltungsfunktion, da nur hier der Fortbestand einer Voraussetzung der Vertretung im Interesse des Vertreters liegt.³⁹

Gesetzlich begründete Vertretung in Gestaltungsfunktion ist vielfach bezeugt; praktisch wichtig sind insbesondere Offerte und Akzept bei Konsensualkontrakten.⁴⁰

Hier interessiert aber nur die rechtsgeschäftlich begründete Vertretung in Gestaltungsfunktion.

Bei Delikten war diese generell unbekannt. Im römischen Recht gab es keine Haftpflichtversicherung;⁴¹ die Rechtsfolgen der Delikte konnten nicht zum voraus rechtsgeschäftlich abgewälzt werden. Dies erklärt sich aus dem pönalen Charakter des römischen Deliktrechts,⁴² das einem Täter sui iuris jede Abschiebung der eigenen Verantwortung verbietet.

Bei Rechtsgeschäften hingegen war die rechtsgeschäftliche Begründung der Vertretung in Gestaltungsfunktion weitgehend anerkannt, wenn sie auch nicht immer unwiderruflich vorgenommen werden konnte.

37 Vgl. o. S. 118 N. 9.

38 Kaser I § 77 III, besonders bei N. 30 f.

39 S.o. S. 110 f.; vgl. auch die Argumentation S. 113 f.

40 S.o. S. 33 f.

41 Zur Haftpflichtversicherung als Erscheinung der Vertretung in Gestaltungsfunktion s.o. S. 33 nach N. 26.

42 Kaser I § 142 II.

Ein sehr umfassendes Gebiet war das Recht des peculium: Der Gewalthaber konnte seinen Hauskindern und Sklaven gewisse Vermögensbestandteile zur Verwaltung im eigenen Interesse zuwenden.⁴³ Das peculium verblieb im Eigentum des Herrn, da die Gewaltunterworfenen nicht selbständig rechtsfähig waren.⁴⁴ Diese konnten aber über das peculium in gewissen Grenzen⁴⁵ frei verfügen, insbesondere, wenn ihnen die libera administratio peculii eingeräumt war.⁴⁶ Durch diese Verfügungen konnten sie im eigenen Interesse den Umfang des peculium und damit das Vermögen des Gewalthabers beeinflussen.

Wenn z.B. der servus Toxilus aus seinem peculium ein Freudenmädchen kaufte,⁴⁷ dann war diese Transaktion durchaus gültig, auch wenn dadurch ein Teil des herrschaftlichen Vermögens einer gänzlich neuen und unerwarteten Bestimmung zugeführt wurde.

Begründet wurde das peculium durch Tradition,⁴⁸ d.h. durch Rechtsgeschäft.

Dass die Bestellung des peculium unwiderruflich erfolgen konnte, ist nirgends bezeugt. Vielmehr betonen die Quellen die jederzeitige Widerruflichkeit.⁴⁹

Inwiefern die Sitte bei Hauskindern den Widerruf auf wichtige Gründe beschränkte, wie Kaser meint,⁵⁰ wage ich nicht zu entscheiden.

Das rein rechtlich aber der Widerruf das peculium tatsächlich jederzeit möglich war, ergibt sich schon aus der personenrechtlichen Befehlsgewalt des Hausherrn.

43 Kaser I § 67 III 5.

44 Bezeugt von Plautus, Persa, Akt III Szene 3 (Szeneneinteilung nach Pio).

45 Z.B. Marcell. D. 42,8,12.

46 Ulp. D. 15,1,7,1, in fine; ders. D. 39,5,7,pr.; Paul. D. 15,1,48.

47 Bezeugt von Plautus, Persa, Akt III Szene 3 (Szeneneinteilung nach Pio).

48 Paul. D. 15,1,8.

49 Pomp. D. 15,1,4,pr.; Paul. D. 15,1,8; Marci. D. 15,1,40,1, in fine.

50 Kaser I § 14 N. 37.

Eine unwiderrufliche Bevollmächtigung konnte jedoch mit dem Mittel der Potestativbedingung erreicht werden.

Wer suspensiv bedingt verfügte, blieb zunächst Eigentümer;⁵¹ wer sich suspensiv bedingt verpflichtete, schuldete zunächst noch nichts.⁵² Konnte nun der Begünstigte den Eintritt der Bedingung nach seinem Belieben herbeiführen,⁵³ so konnte er durch Aeussierung seines entsprechenden Willens die Rechtsstellung des Anderen in seinem eigenen Interesse beeinflussen. Der Begünstigte war somit dessen Vertreter im eigenen Interesse.

Die Gültigkeit der Geschäfte blieb von der Hinzufügung einer Bedingung grundsätzlich unberührt;⁵⁴ wenn nun das bedingt vorgenommene Geschäft nicht ausnahmsweise einseitig unwiderruflich war,⁵⁵ dann war damit der in suspensiver Potestativbedingung Begünstigte unwiderruflich bevollmächtigt.

Da die Stipulation zum Eingehen der Verpflichtung zu beliebigem - erlaubtem - dare facere praestare zulässig war⁵⁶ und grundsätzlich bedingt vorgenommen werden konnte,⁵⁷ konnte somit der Begünstigte unwiderruflich zu nahezu beliebigen Verpflichtungen zulasten des Stipulanten ermächtigt werden, allerdings mit der Einschränkung, dass er den Stipulanten nur gegenüber sich selbst, nicht gegenüber Dritten verpflichten konnte.

Durch geeignete Fassung der Stipulationsformel war es so möglich, z.B. Kaufsrechte, Vorkaufsrechte, Sicherheiten etc. zu begründen, kurz, dem Begünstigten das Recht zur Gestaltung irgendwelcher Verpflichtungen des Stipulanten ihm gegenüber unwiderruflich einzuräumen.

51 Ulp. D. 24,1,11,pr.

52 Marci. D. 20,1,13,5; Ulp. D. 50,16,54.

53 Kaser I § 61 I 2 bei N. 14 f.

54 Kaser I § 61 I 3.

55 Dies war selten der Fall; sogar die Schenkung war grundsätzlich unwiderruflich. Kaser I § 140 I 1 3c.

56 Kaser I § 128 II 1.

57 E contrario Inst. III,19.11; Pap. D. 50,17,77.

Die Vornahme eines Geschäfts unter Potestativbedingung war also eine unwiderrufliche Bevollmächtigung des Begünstigten, im eigenen Interesse die betreffende Verfügung oder Verpflichtung zulasten des Stipulanten wirksam werden zu lassen.

Einer potestativ bedingten Verfügung verwandt ist die Bestellung eines Pfandes: Entsprechend der justinianischen Terminologie⁵⁸ wäre von einer *condicio mixta* zu sprechen; wenn die objektive Bedingung der Nichterfüllung gegeben ist, kann der Pfandgläubiger nach freier Willkür die Pfandsache verkaufen und sich so bezahlt machen.⁵⁹

Mit der Pfandverwertung gestaltet der Pfandgläubiger im eigenen Interesse die Rechtsstellung des Schuldners: Beim *pignus* verkauft er schlichtweg dessen Eigentum; bei der *fiducia* verliert der Schuldner seinen Rückerstattungsanspruch aus der *actio fiduciae*.⁶⁰ Diese Möglichkeit ist dem Pfandgläubiger durch rechtsgeschäftliche Pfandbestellung eingeräumt und kann vom Pfandschuldner nicht mehr einseitig widerrufen werden.⁶¹ Am rechtsgeschäftlichen Charakter der Pfandbestellung ist nicht zu zweifeln; die Verwertungsbefugnis des Pfandgläubigers gehört implizite zur gewollten wirtschaftlich-sozialen Wirkung der Verpfändung.⁶²

58 C. 6,51,1,7.

59 Zur *fiducia*: Kaser I § 109 II bei N. 12.; die Pomponiusstellen D. 13,7,6 und 13,7,8 lauten zwar auf das *pignus*, bezogen sich aber möglicherweise auf die *fiducia*, so Kaser a.a.O. N. 1 und Lenel, *Palingenesia* II S. 146 N. 2. Die Begründung Lenels ("eam" fälschlicherweise auf *pignus* bezogen) scheint mir überzeugend. Zum *pignus*: Kaser I § 111 II und insbesondere Gaius, 2,62 und 64: "Accidit aliquando, ut qui dominus sit alienandae rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit, alienare possit. ... item creditor *pignus* ex pactione, quamvis eius ea res non sit. Sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intellegitur *pignus* alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori *pignus* vendere, si pecunia non solvatur."

60 Zur *actio fiduciae* Kaser I § 109 III.

61 Vgl. Gaius a.a.O.

62 S.o. S. 12 f.

Die Pfandbestellung nach römischem Recht war somit eine unwiderrufliche Bevollmächtigung des Pfandgläubigers, die Pfandsache im eigenen Interesse zu verwerten, sofern die Schuld nicht erfüllt würde.

Ein eigentlicher Sonderfall der Potestativbedingung ist die Wahlschuld,⁶³ die es dem Berechtigten ermöglicht, den Inhalt der Obligation und damit die Rechtsstellung auch des Anderen zu beeinflussen. Der Wahlmöglichkeit konnten unterstehen die Art der Leistung,⁶⁴ der Ort der Leistung⁶⁵ oder auch die Person des Leistungsempfängers.⁶⁶

In all diesen Fällen war der Wahlberechtigte unwiderruflich zur Gestaltung des Schuldverhältnisses bevollmächtigt.

Eine Bevollmächtigung im Interesse des Vertreters ist ebenfalls nachgewiesen bei Fällen weder rechtsgeschäftlichen noch deliktischen Handelns des Vertreters.

Nach heutigem Recht wäre ein typischer Fall hiefür die Bürgschaft: Nach OR 495 f. entsteht die Verpflichtung des Bürgen erst, wenn der Hauptschuldner nicht zahlt, d.h. durch das Verhalten des Schuldners, der somit im eigenen Interesse die Rechtsstellung des Bürgen beeinflusst.

Anders im römischen Recht. Hier konnte der Gläubiger bis zur *litis contestatio* wählen, ob er den Schuldner oder den Bürgen belangen wolle⁶⁷ und war nur "durch ein Gebot der Sitte angehalten, aussergerichtlich zunächst den Hauptschuldner anzugehen."⁶⁸ Somit änderte sich die rechtliche Stellung des Bürgen nicht durch das Verhalten des Schuldners, der nicht zahlte.

63 Vgl. Kaser I § 116 I und § 149 II 2. Im heutigen Recht statt vieler: Von Tuhr/Peter § 11 und von Tuhr/Escher § 58 III ff.

64 Ven. D. 45, 1, 138, 1; Paul D. 18, 1, 34, 6.

65 Scaev.-Ulp. D. 13, 4, 2, 3, wo für diesen Fall das Wahlrecht des Schuldners ausgeschlossen wird.

66 Paul. D. 46, 3, 10; Ulp. D. 46, 3, 12, 3.

67 Kaser I § 155 I 4 c.

68 Kaser a.a.O.; Gai. D. 47, 10, 19 setzt den zuwiderhandelnden Gläubiger der *actio iniuriarum* aus.

Hingegen ein nahezu klassischer Fall der Bevollmächtigung im Interesse des Verteters ist das *mandatum in rem suam*.

Um einen Subjektwechsel einer Forderung herbeizuführen, konnte der Gläubiger einen Anderen - funktional dem Zessionar entsprechenden - ermächtigen, die Forderung im eigenen Interesse einzuklagen und zu vollstrecken.⁶⁹

Diese Bevollmächtigung ist keine "Vertretung beim Rechtsgeschäft"; das Eintreiben einer Forderung ist kein Rechtsgeschäft! Rechtliche Folge der Eintreibung ist nur das Erlöschen der Forderung; was der Eintreibende aber will, ist die rein tatsächliche Folge des Erzwingens der geschuldeten Leistung. Dieses Ziel lässt sich auch ohne weiteres erreichen, wenn die Forderung bestehen bleibt; das Erlöschen der Forderung ist daher nicht im wirtschaftlich-sozialen Willen des Eintreibenden impliziert. Die Forderung erlischt nicht, weil der Eintreibende dies - explizite oder implizite - so will, sondern weil der Schuldner zahlt. Die einzige Rechtsfolge des Eintreibens ist nicht "für die willensgemässe Wirksamkeit der Privatwillkür" des Eintreibenden "dem Sanktionsgebiete zugeordnet."⁷⁰

Das gilt nicht nur für das römische Recht, sondern für alle Rechte, die durch Erfüllung eine Forderung erlöschen lassen. Insbesondere ist auch nach schweizerischem OR die sogenannte Inkassovollmacht keine Bevollmächtigung zur Vertretung beim Rechtsgeschäft. Merkwürdig ist nur die Tatsache, dass die herrschende Lehre trotz eher enger Definition des Rechtsgeschäfts⁷¹ keine Bedenken hat, einerseits die Vertretung be-

69 Kaser I § 153 I 2; Jörs/Kunkel/Wenger § 127 I; bezeugt von Gaius 2,39.

70 Zitat nach Gysin S. 265 (im Original kursiv); zur Definition des Rechtsgeschäfts s.o. S. 12 f.

71 Von Tuhr/Peter § 20 bei N. 2a und insbesondere die Pandektistik: Windscheid/Kipp § 59 bei N. 1 ff.; Puchta § 49; Savigny, System, III § 104,3 bei N.(f.).

grifflich auf Rechtsgeschäfte zu beschränken⁷² und anderseits das *mandatum in rem suam* als Spezialfall der Vertretung aufzufassen.⁷³

Je konsequenter diese herrschende Lehre durchgeführt wird, desto augenfälliger wird ihr innerer Widerspruch.

Da in der vorliegenden Arbeit die Vertretung allgemeiner definiert ist,⁷⁴ besteht hier keine derartige Schwierigkeit der Einordnung der Vertretung zur Forderungseinziehung im Interesse des Vertreters.

Das römische Recht unterschied zwischen *cognitor* und *procurator in rem suam*: "*Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur ... Procurator vero nullis certis verbis in litem constituitur; sed ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur.*"⁷⁵ In beiden Fällen blieb die Bevollmächtigung zur Prozessführung und Vollstreckung zunächst widerruflich.⁷⁶

Nach der *litis contestatio* änderte sich die Rechtslage: Die zivilrechtliche Obligation ging unter und wurde durch die Prozessobligation ersetzt.⁷⁷

72 Vgl. den Querschnitt durch die h.L. des Civil law o. S. 11 N. 39.

Auch wenn man wie Bucher OR § 33 II 3 die Vertretung auch bei "faktischem Verhalten mit rechtsgeschäftlichen Wirkungen, bei dem auf die intentionale Komponente des Handelns abgestellt wird", zulässt, ändert sich nichts; die Rechtsfolgen der Eintreibung treten ein, ohne auf die Intentionen des Eintreibenden Rücksicht zu nehmen.

73 Bucher OR § 33 III 5b; von Tuhr/Peter § 42 bei N. 73; von Tuhr/Escher § 93 I 2; Oser/Schönenberger Art. 34 N. 8 für die Ermächtigung des Anweisungsempfängers; im deutschen Recht statt vieler Flume § 53 2 bei N. 12; Thiele § 168 N. 35 bei N. 58; Hupka S. 399; Müller-Freienfels S. 116 bei N. 43 f.

74 S.o. S. 5-10.

75 Gaius 4,83 f.

76 Kaser I § 153 I 2; Jörs/Kunkel/Wenger § 127,1.

77 Gaius 3, 180; Kaser I § 152 II; Jörs/Kunkel/Wenger § 124,3.

Diese lautete aber auf den Namen des procurator oder cognitor selbst:

"... si verbi gratia Lucius Titius pro Publico Maevio agat, ita formula concipitur: 'Si paret Numerium Negidium Publico Maevio sestertium X milia dare oportere, iudex Numerium Negidium Lucio Titio sestertium X milia condemna, si non paret absolve.'" ⁷⁸

Somit war nach der litis contestatio der procurator bzw. cognitor als einziger berechtigt und nicht mehr bloss Vertreter des Erstschuldners.

Solange also überhaupt Vertretung vorlag, blieb die Bevollmächtigung widerruflich.

Zusammenfassend ist zum römischen Recht zu sagen:

Eine unwiderrufliche Bevollmächtigung war nur im Gebiet der Rechtsgeschäfte bekannt. Auch hier gab es aber keine Institution, die ausschliesslich oder auch nur hauptsächlich die Funktion der unwiderruflichen Bevollmächtigung wahrnahm. In einigen Spezialfällen, wie bei Wahlobligationen und beim Pfandrecht, war in eng umschriebenem Masse eine unwiderrufliche Bevollmächtigung enthalten; sowohl der Wahlberechtigte wie der Pfandgläubiger konnten durch ihr Verhalten in bestimmtem Ausmass die Rechtsstellung des Anderen beeinflussen. Am allgemeinsten konnte eine unwiderrufliche Bevollmächtigung durch potestativ bedingte Vornahme eines Rechtsgeschäfts erreicht werden; damit lag es in der Hand des Berechtigten, über das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts und der damit verbundenen Rechtsfolgen für den Anderen zu entscheiden.

Grundsätzlich war aber auch die Bevollmächtigung in verfügungsähnlicher Funktion widerruflich, wie das zessionsähnliche mandatum in rem suam zeigt.

Das römische Recht lehnte somit die unwiderrufliche Bevollmächtigung generell ab, liess aber Ausnahmen zu.

78 Gaius 4,86.

3.3. Vergleichung moderner Rechte

3.3.1. Allgemeines

Die rechtsvergleichenden Ausführungen werden sich auf die wichtigsten Rechtskreise beschränken: Gegenstand der Untersuchung ist das Common law, der deutsche und der romanische Rechtskreis.

Im Common law ist primär das Recht der USA berücksichtigt, und zwar aus folgenden Gründen:

- Zunächst ist die praktische Bedeutung des amerikanischen Rechts im internationalen Verkehr gar nicht zu überschätzen; der wirtschaftliche Einfluss der Vereinigten Staaten übersteigt denjenigen Englands um ein Beträchtliches, so dass auch die Bedeutung der entsprechenden Rechtsordnung gewachsen ist.
- Zudem kann gerade kontinentaleuropäischen Juristen auf dem Gebiet des amerikanischen Rechts noch einiges Neue und - mehr oder minder - Unbekannte geboten werden.
- Schliesslich ein Grund aus der Quellenlage: Bei der Aufarbeitung der ungezählten englischen case-books sind die Schwierigkeiten für die rechtsvergleichende Untersuchung äusserst gross; die "Eingeborenen mit Pfeilen", die nach Rabel jeden rechtsvergleichenden Juristen im Dickicht des fremden Rechts bedrohen, sind hier ganz besonders zahlreich. Bei der eminenten Bedeutung der Praxis im Common law muss aber eine Untersuchung, die sich vornehmlich auf die Lehre stützt, immer eine zweitklassige Sache bleiben. Im amerikanischen Recht besteht diese Schwierigkeit in viel geringerem Masse. 1958 erschien in St. Paul, Minnesota, die zweite Auflage des Restatement of the Law, Agency, dessen Wichtigkeit anerkannt und dessen Ansehen unbestritten ist. Nicht nur, dass die Herausgeber - Mechem bei der ersten, Seavey bei der zweiten Auflage - zu den hervorragenden

Vertretern der Lehre gehören, sondern vor allem die Rezeption des Restatement durch die Praxis sichert ihm weitreichenden Einfluss.¹ Zudem sind im Appendix zur zweiten Auflage umfangreich und zuverlässig die Gerichtsurteile zitiert, die auf das erste Restatement Bezug nehmen.²

Daneben ist natürlich auch das englische Mutterrecht in die Untersuchung einbezogen; es kann hier vorweggenommen werden, dass die Unterschiede zwischen dem englischen und dem amerikanischen Recht in bezug auf die Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung nur gering und hauptsächlich terminologischer Natur sind.

Im romanischen Rechtskreis werden das französische und das italienische Recht berücksichtigt. Besonderes Gewicht liegt auf dem italienischen Recht, das sich spätestens seit der neuen Kodifikation des Codice civile vom 21. April 1942 von ausländischen Vorbildern emanzipiert hat. Insbesondere die italienische Lehre beleuchtet viele Aspekte, die weder in Frankreich noch in Deutschland beachtet worden sind.

Im deutschen Rechtskreis liegt das Hauptgewicht auf der deutschen und der schweizerischen Rechtstheorie, verbunden mit einigen Ausblicken auf das österreichische Recht.

1 So ist das Restatement auch international weitgehend als Autorität anerkannt; vgl. Parker S.V.; Tedeschi S. 3 f.; Powell zitiert das Restatement auf nahezu jeder Seite (wohlgemerkt als englischer Autor!); ähnliches gilt von Bowstead. Skeptisch aber Zweigert/Kötz I S. 306 f.

2 Vgl. auch die laufend erscheinende Reihe: Restatement in the Courts, St. Paul 1945-...

3.3.2. Angelsächsischer Rechtskreis: Common law

3.3.2.1. Amerikanisches Recht (USA)

3.3.2.1.1. Grundsatz der Widerruflichkeit

"Authority is the power of the agent to affect the legal relations of the principal by acts done in accordance with the principal's manifestations of consent to him."¹ Dabei ist der Ausdruck "manifestation" als Willensäußerung zu verstehen² und entspricht daher dem oben³ vorgestellten Begriff der Bevollmächtigung als rechtsgeschäftlicher Willensäußerung des Prinzipals, von der das positive Recht das Eintreten der Vertretung abhängig macht.

Die "authority" als Rechtsfolge der Bevollmächtigung kann grundsätzlich jederzeit widerrufen werden.

Primär ist der Widerruf in Selbstverantwortung vorgesehen, d.h. durch Vertreter und Prinzipal zusammen.⁴

Ebenso ist grundsätzlich der einseitige Widerruf durch den Prinzipal - also der contrarius actus - zulässig, wie auch der einseitige Verzicht des Vertreters.⁵ Es herrscht das Prinzip der Formfreiheit des Widerrufs.⁶

Diese Grundsätze des Restatement sind in der Praxis befolgt worden,⁷ und dies schon seit jeher.⁸

1 Restatement § 7.

2 Restatement a.a.O. Comment b.

3 S.o. S. 55-58.

4 Restatement § 117.

5 Sowohl contrarius actus wie Verzicht: Restatement § 118.

6 Restatement § 119.

7 Vgl. insbesondere den Appendix zum Restatement § 117 ff. Umfassende Nachweise älterer Entscheide bei Mechem § 559-568.

8 Leading case ist Hunt vs. Rousmanier (1823), 8 Wheat (US) 174, als Chief Justice Marshall äusserte: "... the power ceases, when the will ... is withdrawn."
(zit. nach Person S. 283, N. 5).

Ebenso sind sie in der Lehre unbestritten.⁹

3.3.2.1.2. Widerruflichkeit als zwingendes Recht

"A statement in a contract that the authority cannot be terminated by either party is effective only to create liability for its wrongful termination."¹⁰

Grundsätzlich ist also die rechtsgeschäftliche Begründung der Unzuständigkeit zum einseitigen Widerruf der Bevollmächtigung ausgeschlossen. Die Widerruflichkeit der Bevollmächtigung durch contrarius actus ist grundsätzlich zwingenden Rechts.

Als Regel ist dies in Lehre und Praxis anerkannt.¹¹

Das Restatement bringt folgendes Beispiel:¹²

"Gegen Bezahlung von 1000.- \$ und gegen das Versprechen des A, sich um den Verkauf zu bemühen, erteilt P dem A für die Dauer eines Jahres die Vollmacht, gewisse Vermögensstücke zu verkaufen. 25 % des Erlöses sollen als Entschädigung an A fallen. Die Vollmachtsurkunde endet mit dem Satz: 'Hiermit anerkenne ich, dass diese Vollmacht während eines Jahres unwiderruflich sein soll, und dass A während dieser Zeit eine Vollmacht im eigenen Interesse haben soll, unabhängig von meinem allfälligen Ableben oder anderen Umständen.'

Nach drei Monaten sagt P dem A, dass er die Vollmacht widerrufe. Die Vollmacht ist beendet."

9 Ferson S. 282: "The principal can revoke the power by giving suitable notice." Philip Mechem S. 171 ff.; Mechem § 563: "It is the general rule of law ... that the authority of the agent may be revoked by the principal at his will at any time, and with or without good reason therefor."

10 Restatement § 118, Comment b.

11 Leading case ist Blackstone vs. Buttermore (1866), 53 Pennsylvania Law Reports 226, zit. nach Ferson S. 283 N.5. Literatur: Ferson S. 282 f., Mechem § 565 f. mit umfassendem Nachweis der älteren Praxis.

12 § 118 Illustration 2.

Zum Verständnis dieses Beispielen muss man sich vor Augen halten, dass A hier in erster Linie an seiner Entschädigung interessiert ist, der Verkauf an sich aber im Interesse des P liegt. Die Vertretung liegt hier also sowohl im Interesse des Vertreters wie des Vertretenen; fraglich ist aber, in wessen typischem Interesse sie liegt, d.h. ob organisatorische oder gestaltende Funktion vorliegt.

3.3.2.1.3. Ausnahmsweise Unwiderruflichkeit

Ausnahmsweise ist die Unwiderruflichkeit anerkannt bei sogenannten "powers given as security", und zwar gilt hier immer Unwiderruflichkeit, wenn die Parteien nichts anderes bestimmt haben. Die Unwiderruflichkeit ist also objektiven, aber dispositiven Rechts.¹³

Was ist nun eine solche "power given as security"?

Das Restatement vermeidet bewusst den unscharfen Ausdruck "power coupled with an interest", der von jedem Autor wieder etwas anders verstanden worden ist.¹⁴

"A power given as security is a power to affect the legal relations of another, created in the form of an agency power, but held for the benefit of the power holder or a third person ..."¹⁵

"If, however, the power so given is held for the benefit of the principal and the agent is interested in its exercise only because it entitles him to compensation for exercising it, ..., the power is not a power given as security as the term is herein used. An agent's interest in earning his agreed compensation is an ordinary incident of agency..."¹⁶

13 Restatement § 139; Mechem § 584.

14 Vgl. z.B. Müller-Freienfels (Agency) S. 117; Kritik des Begriffs bei Person S. 296; kritische Darstellung der älteren Terminologie bei Mechem § 570 ff.; neue Terminologie § 588. Zur englischen Terminologie s.u. S. 160-162.

15 Restatement § 138.

16 Restatement § 138, Comment b.

Aus diesen Aussagen des Restatement ist ersichtlich, dass "agency power" im Gegensatz zu "power given as security" steht. Der Unterschied besteht in der Interessenlage: "Agency" liegt typischerweise im Interesse des Vertretenen, "security" hingegen im Interesse des Vertreters.

Nach der Terminologie des Restatement bezeichnet "agency" somit nur die organisatorische Vertretung¹⁷ und die Vertretung in Schutzfunktion.¹⁸ Vertretung in Gestaltungsfunktion¹⁹ ist keine "agency": "One who holds a power created in the form of an agency authority, but given for the benefit of the power holder or a third person, is not an agent of the one creating the power."²⁰ So erklärt sich auch die zwingende Widerruflichkeit der "agency authority": Bei organisatorischer Vertretung ist eine Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung nur denkbar, um den Prinzipal vor sich selbst zu schützen.²¹ Wird der Schutz geistig unterlegener Rechtsgenossen umfassend auf andere Weise bewirkt, so ist für eine unwiderrufliche Bevollmächtigung im Interesse des Prinzipals, bei organisatorischer Vertretung, kein Platz.

Der Schutz Unbeholfener wird im amerikanischen - wie im englischen - Recht mit dem Institut des "trust" erschöpfend verwirklicht.²² Somit ist die organisatorische Vertretung zwingend widerruflich.

Daher bleibt a priori nur noch die Funktion der Unwiderruflichkeit im Interesse des Vertreters übrig;²³ Dritte können

17 S.o. S. 28-31.

18 S.o. S. 35-49 mit ausführlichen Hinweisen auf das angelsächsische Recht.

19 S.o. S. 31-35.

20 Restatement § 14 H.

21 S.o. S. 109 f.

22 Zweigert/Kötz II S. 118-120.

23 S.o. S. 118 N. 9.

an der erweiterten Kompetenz des Vertreters nur interessiert sein, wenn ausnahmsweise eine punktuelle Interessengleichheit besteht.²⁴ Wie aus dem Obigen zu ersehen ist, wird genau diese Funktion von der power given as security erfüllt.

3.3.2.1.4. Power given as security

Die Bevollmächtigung im Interesse des Vertreters hat stets Verfügungsfunktion. Dies ist somit auch die Funktion der power given as security, die vom amerikanischen Recht als unwiderruflich anerkannt ist. Wäre die power given as security nun nur als Bevollmächtigung im Interesse des Vertreters definiert, ohne nähere Umschreibung, dann wäre die Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion nach amerikanischem Recht stets unwiderruflich.

Nach § 138 des Restatement ist aber das Interesse des Vertreters - allenfalls kumuliert mit dem Interesse Dritter - nicht das einzige Element des Begriffs der power given as security: Die Bevollmächtigung muss erfolgen "to secure the performance of a duty or to protect a title ..."

Diese Einschränkung wird im Comment c zum entsprechenden Paragraphen allerdings sehr weitherzig ausgelegt:

"The power may be granted either for the purpose of furnishing a security to protect a debt or other duty, or for the purpose of facilitating the performance, effectuating the objects or securing the benefits of a contract as part of or in performance of which it is given for the protection of

24 S.o.S.111-113, vgl. auch Mechem § 581: "In the ordinary case, involving mere agency, in which a principal has directed his agent to do some act for the benefit of a third person, as, for example, to pay money or deliver property to him, the agent himself, until he has, in pursuance of the direction, assumed some obligation to the third person, could usually have no such interest in the execution of the authority as would prevent the principal from revoking it. If, however, before revocation, he had assumed such a liability, then, in accordance with the rules already considered, he would have an authority coupled with an interest or an obligation, which would prevent revocation." A.a.O. auch umfassende Hinweise auf die Praxis.

a party to that contract."

Wenn die Bevollmächtigung also auch nur irgendwie der Erfüllung einer beliebigen Rechtspflicht²⁵ dient, sei es durch Sicherstellung oder unmittelbare Erbringung der Leistung, dann ist sie grundsätzlich unwiderruflich.

Somit ist die Bevollmächtigung in Funktion einer Verfügung causa solvendi²⁶ unwiderruflich.

Dazu kommt zusätzlich das Erfordernis genügender "consideration", d.h. einer Gegenleistung.²⁷

Im Restatement wird diese Voraussetzung der Unwiderruflichkeit nur für einen Sonderfall erwähnt: "A power given without consideration after a contract has been made to protect the other contracting party ... is terminable at the will of the power giver."²⁸ Dies bedeutet aber keine Einschränkung des Erfordernisses der consideration; denn ist die power given as security während der Vertragsverhandlungen erteilt, dann ist sie "one of the conditions of a contract between the parties",²⁹ und das Zustandekommen des Vertrags ist genügende consideration.³⁰ Somit ist die consideration generelle Voraussetzung der Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion.

25 Das Restatement spricht von "duty" (§ 138 und der soeben zitierte Comment c zum selben §). Dieser Begriff wird im Restatement (Contracts) § 76 Comment c als rechtlich durchsetzbare Pflicht definiert.

26 Zum Begriff der Causa solvendi, wie er hier verstanden wird: Von Tuhr/Peter § 26 II 1.

27 Vgl. Mechem § 578: "It is not infrequently said that the power is irrevocable, if granted for a valuable consideration. It is, of course, so granted in the cases above mentioned (d.h. bei power given as security, § 576 f.). But something more than a valuable consideration is essential ..." Zum Begriff der consideration Restatement (Contracts) § 75 ff.

28 Restatement § 138 Comment c.

29 Mechem § 577.

30 Restatement (Contracts) § 77: "Except as qualified by §§ 78-80, any promise ... is a sufficient consideration."

Daraus erklärt sich auch die primäre Beschränkung der Unwiderruflichkeit auf die causa solvendi: Wird die Bevollmächtigung "nackt", ohne Bezug auf irgendeine Verpflichtung, erteilt, so fehlt auch die consideration. "Consideration for a promise is ... bargained for and given in exchange for the promise."³¹ Consideration setzt also immer ein "bargain" und "exchange" voraus.

Nach alledem läuft die Aussage des Restatement darauf hinaus, dass eine Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion grundsätzlich unwiderruflich ist, wenn ihr eine genügende consideration gegenübersteht. Dies entspricht dem Ergebnis des englischen Rechts.³²

In bestimmten Fällen wird auf das Erfordernis der consideration verzichtet:

- Wenn die Bevollmächtigung "by deed", bzw. "under seal" erteilt wird;³³
- wenn sie mit der tatsächlichen Uebergabe einer Sache oder der Zession einer Forderung verbunden ist.

"A gratuitous transfer of title to tangible things or to choses in action,³⁴ by deed or otherwise, accompanied by a power to deal with the things or to act in the name of the power giver, creates a power given as security in such things. If the power is given with reference to a chose in action not represented by a document, or if there has been no delivery of a thing to which the power relates, a power granted without consideration and without seal does not effect a transfer of title and, consequently, is not a power given as security and may be terminated at the will of the power giver."³⁵

31 Restatement (Contracts) § 75 (1).

32 S.u. S. 160-165.

33 Restatement § 138 Comment c, zit. bei N. 35.

34 Als "choses in action" oder "claims" werden relative Forderungsrechte bezeichnet, z.B. Ferson S. 303-305.

35 Restatement § 138 Comment c.

Dieses Gesamtergebnis entspricht weitgehend den Regeln für Verfügungen überhaupt. So ist für eine formlose Tradition grundsätzlich ebenfalls consideration erforderlich. Eine Tradition ohne consideration wird Schenkung genannt.³⁶ Eine solche Schenkung ist nur unwiderruflich, wenn die geschenkte Sache tatsächlich übergeben wird.³⁷

Auffallend ist aber vor allem die Analogie der unwiderruflichen Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion zur Zession.

So schreibt z.B. Simpson: "A gift assignment is revocable by the assignor ... unless it has been executed by deed or by such actual delivery of the right sought to be assigned as is possible in the circumstances. The test of an effective delivery is whether the assignee thereby acquires dominion and control over the right."³⁸

Somit wage ich die generelle Aussage:

Nach amerikanischem Recht ist die Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion - vorbehältlich abweichender Abmachung der Parteien - immer dann unwiderruflich, wenn dieselbe Verfügung, in anderer Weise vorgenommen, auch unwiderruflich wäre. Wenn diese Generalisierung auch von einem Juristen des Common law kaum zustimmend aufgenommen würde - allein schon wegen

36 Smith/Boyer S. 469, Legal Gem 1: "A gift is a voluntary transfer of property by the owner to another without consideration or compensation."

37 Smith/Boyer S. 471 mit Verweis auf: Matter of Mills (1916) 219 New York 642.

38 Simpson Kap. 12, Section 126, S. 263; vgl. Restatement (Contracts) § 158 (1). Simpson zitiert folgende Fälle: Zum assignment by deed (S. 244 N. 25): Chase National Bank of New York vs. Sayles (1926), 11 Federal Reporter, Second Series, zum assignment by actual delivery (S. 265): Hartford-Connecticut Trust vs. Slater, 114 Connecticut 603; First National Bank of Cumberland vs. Thomas, 151 Maryland 241, 250. Vgl. insbesondere auch Brooks vs. Mitchell (1932) 163 Maryland 1, 15, zit. Simpson a.a.O. und Restatement in the Courts, Permanent Edition, St. Paul 1945, S. 396: Ist die Forderung in einem Präsentationspapier verbrieft, so genügt dessen Uebergabe, um das gift assignment unwiderruflich zu machen.

des abstrakten Begriffs der Verfügung - so dürfte sie doch mindestens als Grundsatz zutreffen.

Die Beispiele, die das Restatement als "Illustrations" bringt, widersprechen dieser Ansicht jedenfalls nicht:³⁹

- 1. "P bevollmächtigt A, bestimmte Güter zu verkaufen, die P bereithält. P errichtet eine Urkunde, die ausdrücklich als unwiderruflich bezeichnet ist, des Inhalts, dass P den A für ein Jahr anstelle und ihn bevollmächtigt, den Verkaufspreis für die betreffenden Güter einzuziehen und fünfundzwanzig Prozent davon als Kommission zu behalten. Consideration sei das Versprechen des A, ein Jahr lang für ihn zu arbeiten.
A hat keine power given as security."
Hier liegt primär organisatorische Vertretung vor; die Bevollmächtigung hat keine verfügungsähnliche Funktion und ist daher widerruflich.
- 2. "P ist Eigentümer eines Grundstücks, das er verkaufen will. Er vereinbart mit A, dass A das Grundstück verbessern und zum Verkauf ausschreiben solle. Gegen diese consideration soll A zur Hälfte am Wert des verbesserten Grundstücks beteiligt sein, und, um seine Investition sicherzustellen, unwiderruflich bevollmächtigt sein, das Grundstück zu 15'000 \$ oder mehr zu verkaufen, wobei der Ueberschuss zwischen A und P geteilt werden soll.
Dies kann eine power given as security sein."
Als Folge der Bevollmächtigung bleibt P zwar Eigentümer des Grundstücks, aber A kann im eigenen Interesse darüber verfügen. Je nach den Umständen kann die Einräumung einer solchen Verfügungsmacht selbst eine Verfügung sein.
- 3. "P hat sich durch Anmeldung das Recht gesichert, eine Gesellschaft unter einer bestimmten Firma ins Register ein-

39 Restatement § 138 Illustrations 1-9, frei übersetzt vom Verfasser.

tragen zu lassen. A will eine Gesellschaft gründen und dieselbe Firma benutzen. A macht P den Vorschlag, gegen Abfindung von 5'000 \$ und bestimmten Gesellschaftsanteilen seine Anmeldung zurückzuziehen, so dass A die Firma rechtmässig benutzen könne. P ist einverstanden. A zahlt ihm das Geld und regelt einverständlich mit ihm die Abtretung der Anteile. Dafür gibt ihm P eine ausdrücklich unwiderrufliche "power of attorney", worin A ermächtigt wird, im Namen P's die Anmeldung zurückzuziehen. A verwendet Zeit und Geld auf die Organisation seiner Gesellschaft und ist bereit, seine Firma anzumelden, als P ihm mitteilt, er widerrufe die Bevollmächtigung.

A hat power given as security."

Hier hat die Bevollmächtigung die Funktion einer Verfügung causa solvendi. Durch die Bevollmächtigung hat P seine Leistung bereits erbracht; consideration ist die Bezahlung von 5'000 \$ und das Versprechen, Gesellschaftsanteile abzutreten. Die Bevollmächtigung ist "part of a contract"⁴⁰ bzw. "one of the conditions of a contract" und daher unwiderruflich.

- 4. "P und A gemeinsam sind Eigentümer einer Firma und des entsprechenden "good will's". T will beides erwerben. T geht zuerst zu P, der ihm sagt, wenn T ihm 1'000 \$ zahle, dann werde er A bevollmächtigen, auch P's Anteil gleichzeitig und zu gleichem Preis wie seinen eigenen an T zu verkaufen. T zahlt P 1'000 \$, und P bevollmächtigt A wie abgemacht.

40 Mechem § 577 mit ausführlichen Nachweisen in N. 42. Die Unwiderruflichkeit einer solchen Bevollmächtigung ist im ganzen Common law anerkannt; vgl. insbesondere den englischen Fall Carmichael's case, In re Hannan's Empress Gold Min. & Dev. Co. (1896) 2 Chancery Division 643 (zit. Mechem a.a.O.). Im südafrikanischen Fall Natal Bank vs. Natorp (1908) Transvaal Law Reports 1016 wird Uebereinstimmung des Common law mit dem britischen Civil law festgestellt (zit. Mechem a.a.O.).

A hat power given as security."

Hier fallen die Interessen des Dritten T mit denjenigen des Verteters A zusammen: T zahlt die 1'000 \$ nur, weil er annimmt, A werde in seinem Interesse handeln und die Firma und den good will verkaufen.

Dafür hat er jedoch keine Garantie; A kann den Verkauf auch ablehnen. Die Bevollmächtigung hat Funktion einer Verfügung des P zugunsten A, nicht zugunsten des T. Das obligatorische Grundverhältnis zwischen T und P ist ein Vertrag zugunsten eines Dritten, und durch die Bevollmächtigung des A hat P seine Pflicht erfüllt.

- 5. "P, A und B, Gläubiger der Gesellschaft X, kommen überein, zusätzliche Anteile dieser Gesellschaft zu zeichnen, um deren finanzielle Stellung zu konsolidieren. Um die Einhaltung dieser Abmachung sicherzustellen, wird C von allen bevollmächtigt, eine bestimmte Anzahl Anteile zu zeichnen. Die consideration liegt in den gegenseitigen 'promises'.

C hat power given as security."⁴¹

C hat hier die Wahrung des Gesamtinteresses der drei Gläubiger übernommen. Dieses ist mit den Einzelinteressen nicht identisch. C ist Vertreter jedes einzelnen der drei Gläubiger, aber nicht in deren Privatinteresse, sondern im Gesamtinteresse des Konsortiums. Daher liegt keine organisatorische Vertretung vor, wie man auf den ersten Blick anzunehmen versucht ist.

In bezug auf die Anteilszeichnung hat C das Gesamtinteresse zu seinem eigenen gemacht; er verfolgt das Gesamtinteresse wie sein eigenes.

Die Bevollmächtigung hat daher die Funktion einer Verfügung zugunsten des C; dieser hat aber die Wahrung des Gesamtinteresses übernommen.

41) Zur unwiderruflichen Bevollmächtigung einer Personenmehrheit vgl. auch Mac Donald vs. Gough (1950), 326 Massachusetts 93, zit. nach Ferson S. 301 f.

- 6. "P, der gegenüber A verschuldet ist, erteilt diesem, gegen Fristerstreckung als consideration, eine sogenannte power of attorney, worin die consideration genannt ist und A ermächtigt wird, eine Forderung des P gegen T auf eigene Rechnung einzuziehen.
A hat power given as security."
- 7. "Bei gleicher Sachlage, ausser dass A keine consideration gibt, hat A jedoch keine power given as security."
Diese zwei Beispiele betreffen den Fall nachträglicher Sicherstellung des Gläubigers, wofür nochmals besonders consideration zu leisten ist.
Zu beachten ist, dass die Bevollmächtigung im vorliegenden Fall nicht als Erfüllung oder Erfüllungssurrogat erteilt wird; A verspricht nicht, den eingezogenen Betrag auf die Schuld des P anzurechnen, sondern nur eine Fristerstreckung im Austausch gegen die Möglichkeit, sich bei Nichterfüllung an der Forderung des P an T schadlos zu halten.
- 8. "P schreibt A, er wolle ihm 100 Anteile der X Gesellschaft schenken, und er bevollmächtige ihn daher, diese Uebertragung in den Büchern der Gesellschaft vorzunehmen. In der Beilage sendet er die betreffenden Wertpapiere.
A hat power given as security."
- 9. "Bei gleicher Sachlage, ausser dass P die Wertpapiere nicht beilegt, hat A jedoch keine power given as security."
Diese beiden Beispiele setzen voraus, dass zur gültigen Uebertragung von Gesellschaftanteilen auch eine entsprechende Eintragung in den Büchern der Gesellschaft notwendig ist, die grundsätzlich nur von dem alten Eigentümer beantragt werden kann.
Nach schweizerischem Recht ist eine solche Regelung bei entsprechender Vinkulierung von Namenaktien denkbar.

Die Beilage der Wertpapiere ist als "actual delivery" unumgänglich, ob P seine Rechte nun durch Zession oder durch unwiderrufliche Bevollmächtigung abtritt.

Nach all diesen Beispielen ist der oben vorgestellte Grundsatz nicht widerlegt. Auch wenn man die generelle Abstraktion etwas zu kühn findet, wird man doch jedenfalls zugeben müssen, dass nach dem Restatement mindestens die Verfügungen causa solvendi unwiderruflich sind, und dies ist der häufigste Rechtsgrund aller Verfügungen.⁴²

3.3.2.1.5. Lehre und Praxis

Dieses Ergebnis grundsätzlicher Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion ist in Lehre und Praxis durchgehend anerkannt.

So äusserte Chief Justice Marshall schon 1823: "Where a letter of attorney forms a part of a contract, and is a security for money, or for the performance of any act which is deemed valuable, it is generally made irrevocable in terms, or if not so, is deemed irrevocable in law."⁴³

Ferson schreibt:⁴⁴ "It has become settled that a power given

42 Von Tuhr/Peter § 25 N. 16 f.; § 26 bei N. 13.

43 In Hunt vs. Rousmanier (1823), 8 Wheat. (US) 174, zit. nach Mechem § 572. Vgl. auch Raymond vs. Squire, 11 Johnson's Reports (New York) 47, wo eine Einziehungsvollmacht verbunden mit einer Abmachung, dass alle "benefits" der einzutreibenden Forderung an den Vertreter gehen sollten, als "equivalent to a formal assignment" betrachtet wurde, "for the letter of attorney, being coupled with an interest and given as a security, was not revocable." Zit. nach Mechem § 577 N. 42, neben vielen weiteren Nachweisen. Nicht anders ist die Rechtslage im Sonderfall Louisiana; vgl. Union Garment vs. Newburger, 124 Louisiana 820, zit. nach Mechem a.a.O. und Article 2986, Louisiana Civil Code, zit. nach Müller-Freienfels (Agency) S. 116. f.

44 Ferson S. 310 bei N. 32.

as security, is irrevocable", und führt als Bestätigung eine Liste von Gerichtsurteilen an.⁴⁵

Allerdings findet sich in der Literatur teilweise eine andere Terminologie als im Restatement. *

So unterscheidet Ferson von der power as security die Fälle, da Vertreter und Prinzipal Miteigentümer einer Sache sind und der Vertreter die Sache als ganzes an einen Dritten verkaufen soll: Hier soll der Prinzipal nicht mehr widerrufen können, wenn er den Vertreter einmal gegen consideration zum Verkauf bevollmächtigt hat.⁴⁶ Dieser - von Ferson "power coupled with an interest" genannte - Fall ändert nichts an der verfügungsähnlichen Funktion der Bevollmächtigung und wird vom Restatement⁴⁷ zu den powers given as security gerechnet.

Die Terminologie des Restatement ist m.E. wesentlich klarer und logischer.

Mechem⁴⁸ bringt einen ausführlichen Ueberblick über die älteren Lehrmeinungen, stimmt aber im Ergebnis mit der Lösung des Restatement weitgehend überein - was beim Herausgeber der ersten Auflage des Restatement auch nicht verwundert. Der Streit drehte sich im letzten Jahrhundert vor allem darum, inwieweit unwiderrufliche Bevollmächtigungen über den Tod des Prinzipals hinaus wirksam seien.⁴⁹ Nach eingehender Untersuchung schlägt Mechem dann folgende Terminologie vor:⁵⁰

45 Person a.a.O. N. 32 f.: Sphier vs. Michael (1924) 112 Oregon 299; Frank vs. Colonial & US Mtg. Co. Ltd. (1905) 86 Mississippi 103; Big Four Wilmington Coal Co. vs. Wren (1904) 115 Illinois Court of Appeal 331; Bird vs. Phillips (1901) 115 Iowa 703; Terwilliger vs. Ontario C. and S.R. Co. (1896) 149 New York 86; Hilliard vs. Beattie (1893) 67 New Hampshire 571; Norton vs. Whitehead (1890) 84 California 263; vgl. auch Mechem § 585 mit umfassenden Nachweisen.

46 Person S. 300.

47 Restatement § 138 Illustration 4, zit. o. S. 149 f.

48 Mechem § 570 ff.

49 Hunt vs. Rousmanier (zit. o. N.43): Stoljår S. 173 N. 58 spricht von "confusion caused in the US".

50 Mechem § 588.

- "Bare powers", d.h. die normalen Folgen der Bevollmächtigung im Interesse des Prinzipals, sind jederzeit widerruflich.
- "Powers given as security" sind unwiderruflich und werden definiert wie im Restatement.
- Der vieldeutige Ausdruck "power coupled with an interest" wird ausschliesslich auf die Fälle angewandt, wo der Vertreter aufgrund eines eigenen Rechts an einem bestimmten Vermögensgegenstand des Prinzipals über diesen Gegenstand verfügen kann.

Dabei folgt Mechem der traditionellen amerikanischen Ansicht von Chief Justice Marshall: "... the power must be engrafted on an estate in the thing."⁵¹

Als Fälle eines solchen Rechts erwähnt Mechem aber zu Recht nicht das Miteigentum, sondern "assignment, pledge or lien".⁵² Assignment bedeutet die Zession von Forderungsrechten, die als "claims" oder "choses in action" dem Vermögensrecht zugezählt werden. Geschieht die Zession als mandatum in rem suam, so gewährt das assignment dem Zessionar ein eigenes Recht auf die Forderung, kraft dessen er unwiderruflich bevollmächtigt ist.⁵³

Pledge bedeutet ein Pfandrecht, lien ein Retentionsrecht. Beide Rechte ermöglichen dem Berechtigten, im eigenen Interesse das Eigentum eines Anderen zu verwerten; d.h. er ist kraft des beschränkten dinglichen Rechts unwiderruflich bevollmächtigt, über die Sache zu verfügen.⁵⁴

51 In Hunt vs. Rousmanier, zit. o. S. 152 N. 43.

52 Mechem § 570,3.

53 Vgl. hierzu insbesondere Ferson S. 303-305: "In short, the courts of equity took the assignee to be the beneficial owner of the claim ... The assignee thus came to have a power that he was given by the courts of law. He had an interest that he came by in the courts of equity. And he had the assignor's contract not to revoke the power that was implied in the assignment. This combination made the assignee's power irrevocable ..."

54 Hierzu Ferson S. 306 f.

Im Unterschied zu diesen Fällen entspringt aus dem fälschlicherweise von Ferson im selben Zusammenhang genannten Miteigentumsrecht nicht unmittelbar ein Recht des einzelnen Miteigentümers, über die Gesamtsache und damit die Rechte der anderen zu verfügen.⁵⁵

Diese Terminologie nach Mechem scheint mir hervorragend klar und auch zu rechtsvergleichender Betrachtung geeignet zu sein. Insbesondere die Rechtsfigur der power coupled with an interest, so wie sie von Mechem verstanden wird, ist eine notwendige Ergänzung des Restatement, das sich nur mit der power given as security befasst.

3.3.2.1.6. Verdrängende Wirkung der unwiderruflichen Bevollmächtigung

Die verfügungsähnliche Funktion der unwiderruflichen Bevollmächtigung bleibt notwendigerweise prekär, solange der Prinzipal die Handlungen auch selbst vornehmen kann, zu denen er den Vertreter bevollmächtigt hat.⁵⁶

Die Wirkung eines mandatum in rem suam zur Einziehung einer bestimmten Forderung wird illusorisch, wenn der Prinzipal hingeht und den Betrag selber kassiert. Ein vollkommener Schutz der Interessen des Vertreters wird nur erreicht, wenn man gleichzeitig die Unzuständigkeit des Prinzipals zur Vornahme der betreffenden Handlung einführt.⁵⁷

Dies wird im amerikanischen Recht weitgehend verwirklicht: Jeder "inconsistent conduct" des Prinzipals, der zur Bevollmächtigung im Widerspruch steht, gilt als Widerruf und damit bei der unwiderruflichen Bevollmächtigung als ausgeschlossen. "The principal may manifest his termination of consent by conduct which is inconsistent with its continuance, as where...

55 Smith/Boyer Kap. 5, Part 1, 5a und c, S. 56-66.

56 Flume § 53 6 bei N. 38.

57 S.o. S. 88 f.

he retakes possession of goods which he had authorized the agent to sell, or where he sells or disposes of the subject matter ..."⁵⁸

"A power given as security can be terminated by conduct on the part of the one giving the power only in accordance with the agreement by which the power was created, unless he destroys the subject matter, conveys it to a bona fide purchaser or otherwise makes impossible the exercise of the power."⁵⁹

Es wird also nur der "bona fide purchaser" geschützt, nicht der bösgläubige Erwerber. Damit ist der Prinzipal in derselben Lage wie nach ZGB 933 der Verwahrer einer anvertrauten Sache: Er ist grundsätzlich unzuständig, mit eigenen Verfügungen das Recht des Vertreters zu vereiteln, d.h. er hat keine Verfügungsmacht;⁶⁰ aber im Interesse der Verkehrssicherheit wird der gute Glaube Dritter geschützt.

Diese Unzuständigkeit tritt durch die unwiderrufliche Bevollmächtigung ein, um die angestrebte Sicherheit für den Vertreter zu verwirklichen: Es ist dies also ein Fall rechtsgeschäftlich begründeter Unzuständigkeit.⁶¹ Die angebliche Allgemeingültigkeit des Verbots rechtsgeschäftlichen Verzichts auf die Verfügungsmacht⁶² ist somit auch empirisch widerlegt.

Dass eine unwiderrufliche Bevollmächtigung stets auch verdrängende Wirkung hat, ist auch in Lehre und Praxis anerkannt.

So z.B. das nach Parker⁶³ immer noch führende Werk Mechem's:⁶⁴
"The question as to the persons against whom a power given as security, and therefore irrevocable by the mere act of the

58 Restatement § 119 Comment b.

59 Restatement § 139 Comment a zu Subsection 1.

60 S.O. S. 94, beso. bei N. 18 und von Tuhr/Peter § 28 IV.

61 S.O. S. 93-95.

62 S.O. a.a.O. und insbesondere Müller-Freienfels S. 129-137.

63 Parker S. 181.

64 Mechem § 591.

principal, may be enforced, has thus far been little considered by the courts. The true rule would seem to be that, so far as it concerns property, it is operative not only against the principal, but also against any one succeeding to the property by the act of the principal and who is either a mere volunteer or a purchaser with notice."

Wer also "with notice", d.h. in bösem Glauben, vom Prinzipal dingliche Rechte erwirbt, über die der Prinzipal bereits durch eine unwiderrufliche Bevollmächtigung verfügt hat, wird in seinem Erwerb nicht geschützt.⁶⁵

Ebenso wird eine power given as security durch den Konkurs des Prinzipals nicht berührt und hat auch insofern "dingliche" Wirkung.⁶⁶

3.3.2.1.7. Zusammenfassung

Im amerikanischen Recht ist die Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion grundsätzlich unwiderruflich⁶⁷ und verdrängend. Eine dahingehende Willensäußerung der Parteien ist nicht notwendig; diese können aber ausnahmsweise Widerruflichkeit vereinbaren.

Ein Sonderfall ist das Recht der Haftpflichtversicherung: Es regelt als *lex specialis* die Fälle der Bevollmächtigung im

-
- 65 Ebenso die Praxis; vgl. insbesondere den bereits zit. Fall *Terwilliger vs. Ontario C. and S.R. Co.* (1896) 149 New York 86, wo in einem obiter dictum ausdrücklich zwischen bona fide purchaser und purchaser with notice unterschieden wird. Weitere Nachweise bei Mechem a.a.O. N. 73 f.
- 66 *Union Trust Co. vs. Townshend*, US Circuit Court of Appeals 4, (1939) 101 Federal Reporter, Second Series 903, 911; zit. nach *Restatement in the Courts*, Permanent Edition, St. Paul 1945, S. 154.
- 67 Vgl. den neueren Fall *Commodore vs. Armour & Co.* (1968), 201 Kansas 412, wo die entsprechende Regel des *Restatement* angewendet wurde; zit. nach *Restatement in the Courts*, 1968/1969, Supplement, St. Paul 1970.

Interesse des Vertreters im Deliktsrecht. Der Versicherte gestaltet durch sein deliktisches Verhalten die Rechtsstellung des Versicherers und ist folglich dessen Vertreter im eigenen Interesse.⁶⁸

"The insurer ... undertakes to indemnify the insured against loss which he may sustain through payments made by reason of his becoming legally liable to a third person, or against such liability itself before payment."⁶⁹

Die entsprechende Bevollmächtigung wird unwiderruflich, sobald sie als "promise" Bestandteil eines "contract" geworden ist.⁷⁰

Auf die Einzelheiten des Versicherungsrechtes sei hier nicht weiter eingegangen.⁷¹

Richtigerweise stellt das amerikanische Recht auch die Fälle, da jemand aufgrund eines beschränkten dinglichen Rechts - wie pledge und lien - die Rechtsstellung eines Anderen gestalten kann, zu der Vertretung im Interesse des Vertreters.⁷² Ähnliches gilt für die "option" als Sonderfall eines potestativ bedingten Geschäfts.⁷³

Eine Untersuchung aller Einzelfälle unwiderruflicher Bevollmächtigung, wie sie beim römischen Recht notwendig war, ist hier überflüssig: Das amerikanische Recht bestimmt in einer *General clause*, welche Fälle der Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion unwiderruflich sind; und bei anderen Funktionen ist die Bevollmächtigung stets widerruflich.

68 S.O. S. 33 nach N. 26.

69 Prosser S. 541 f.

70 Prosser a.a.O. vor N. 3 und Restatement (Contracts) § 1.

71 Zum Zustandekommen von Verträgen allgemein sei auf das Restatement (Contracts) verwiesen, zum Haftpflichtversicherungsvertrag auf Prosser S. 541 ff.

72 S.O. S. 154 f.

73 Ferson § 203 S. 297 f.; Restatement (Contracts) § 46. "A promises B under seal or in return for \$ 100 or other sufficient consideration that A will sell B 100 shares of stock in a specified corporation for \$ 5'000 at any time within thirty days that B selects. The offer is irrevocable." (Restatement a.a.O. III. 1.). Für bedingte Verträge allgemein Restatement (Contracts) § 250 ff.

3.3.2.2. Englisches Recht

3.3.2.2.1. Allgemeines

Das Ergebnis sei vorweggenommen: Englisches und amerikanisches Recht unterscheiden sich hauptsächlich in der Terminologie.

Dies ist nicht verwunderlich, wird doch das Common law weit mehr als einheitliches "gemeines" Recht empfunden, als dies heute mit dem gemeinen Pandektenrecht im Civil law der Fall ist.

So werden englische Fälle auch in den USA häufig als Autorität zitiert; ein Beispiel ist der oben erwähnte Carmichael's case,⁷⁴ der sowohl in Mechem's Standardwerk⁷⁵ als auch in einem Lehrbuch wie Ferson's "Principles of Agency"⁷⁶ ausführlich wiedergegeben wird; und zwar in ganz selbstverständlichem Bezug auf das amerikanische so gut wie auf das englische Recht.

Aber auch in der umgekehrten Richtung spielt der gegenseitige Einfluss; so schreibt z.B. Powell:⁷⁷ "On the whole, English law tends to accept the American classification for the purpose of liability in tort." Der grosse Einfluss des amerikanischen Restatement auf die englischen Lehrbücher⁷⁸ hat wohl keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Rechtsprechung und damit auf das tatsächlich geltende Recht; wenn aber ganze Juristengenerationen in ihrer Ausbildung dem amerikanischen Einfluss ausgesetzt sind, können die Konsequenzen früher oder später nicht ausbleiben. Vor 1933, dem Erscheinungsjahr des Restatement in erster Auflage, haben wohl nur wenige noch heute praktizierende englische Juristen ihre Ausbildung abgeschlossen.

74 S.o. S. 149 N. 40; (1896) 2 Chancery Division 643.

75 Mechem § 573, § 585.

76 Ferson S. 311 f.

77 Powell S. 10 bei N. 3 (zur Haftung des principal für torts seiner Vertreter und sonstigen Hilfspersonen).

78 S.o. S. 139 N. 1

3.3.2.2.2. Grundsatz der Widerruflichkeit

"It has long been recognised that prima facie the principal has an absolute right to revoke the agent's authority ..."⁷⁹

Daran ändert sich grundsätzlich nichts, wenn die Parteien etwas anderes bestimmen; d.h. die Widerruflichkeit ist zwingenden Rechts.⁸⁰

Der Widerruf ist formfrei möglich, auch wenn die Bevollmächtigung in einem Formalakt erfolgte.⁸¹

3.3.2.2.3. Ausnahme der Unwideruflichkeit

Einige Autoren betonen eigens, dass die mittelbaren Folgen der Bevollmächtigung vom Widerruf nicht berührt werden;⁸² aber der Widerruf der mittelbaren Rechtsfolgen fällt schon definitionsgemäss nicht unter den Begriff des Widerrufs der Bevollmächtigung.⁸³

"A second limitation upon the termination of an agent's authority is what has classically been called an 'authority (or power) coupled with an interest', but what the Restatement more aptly describes as a 'security power'."⁸⁴

79 Powell S. 378 bei N. 1 mit Hinweis auf: Vynior's case (1609), 8 Coke's Reports 81b; Frith vs. Frith (1906), Appeal Cases, House of Lords 254. Ebenso Bowstead/Griew Art. 136 bei N. 11, Stoljår S. 165 und der moderne Fall Manton vs. Brighton Corp. (1951), 2 King's Bench Division 393, 400, zit. nach Powell a.a.O.

80 Anson/Guest S. 608 und insbesondere Powell S. 379 bei N. 2 mit Hinweis auf: Brett vs. East India & London Shipping Company Ltd. (1864), 3 New Reports 688; White vs. Boby (1877), 37 Law Times Reports 652; Bertram vs. Ball (1882), 27 Solicitor's Journal 39.

81 Anson/Guest S. 608 bei N. 2; Powell S. 378 bei N. 2 f. mit Hinweis auf: Walsh vs. Whitcomb (1797), 2 Espinasse 565; Bromley vs. Holland (1802), 7 Vesey Junior 3, 28.

82 So z.B. Powell S. 395 f. und Stoljår S. 172.

83 S.o. S. 78 f.

84 Stoljår S. 172 bei N. 46.

Auch hier begegnet man also dem Einfluss des Restatement: Einer der namhaftesten Autoren des Common law, Stojär,⁸⁵ verweist ausdrücklich auf das Restatement als zutreffende Wiedergabe auch des englischen Rechts!

Tatsächlich stimmt das Restatement weitgehend mit der englischen Praxis überein. Man vergleiche die Ausdrucksweise des Restatement z.B. mit folgender Äußerung von Chief Justice Wilde im englischen leading case Smart vs. Sandars:⁸⁶

"Where an agreement is entered into on a sufficient consideration, whereby an authority is given for the purpose of securing some benefit to the donee of the authority, such an agreement is irrevocable. This is what is usually meant by an authority coupled with an interest and which is commonly said to be irrevocable. But we think this doctrine applies only to cases where the authority is given for the purpose of being a security or ... as a part of the security; not to cases where the authority is given independently, and the interest of the donee of the authority arises afterwards, and incidentally only."

Einige ältere Entscheidungen erklären jede "authority given for valuable consideration" als unwiderruflich.⁸⁷ Diese Praxis ist seit Smart vs. Sandars überholt:

"These decisions can no longer be regarded as good law."⁸⁸

Das Ergebnis der neueren Rechtsprechung, wie es die Lehre zusammenfasst, ist mit der Lösung des Restatement weithin identisch:

"An authority coupled with an interest must be given for va-

85 Müller-Freienfels AJCL 1963 nennt ihn "obviously a brilliant scholar" (S. 276).

86 Smart vs. Sandars (1848), 5 Common Bench 895, auf Seite 917, zit. nach Powell S. 392 N. 6.

87 Powell S. 392 bei N. 7 mit Nachweis der einzelnen Fälle, z.B. Bromley vs. Holland (1802), 7 Vesey Junior 3, 28 und - als spätestester dieser Fälle - Raleigh vs. Atkinson (1840), 6 Meeson & Welsby 670.

88 Powell S. 392 f.

luable consideration in order to be irrevocable; but an authority, even given for consideration, is not irrevocable unless it gives the agent an interest in the subject-matter of his authority, i.e. it gives him something like an interest in property, usually as security for a debt due to him from the principal."⁸⁹ Zu beachten ist, dass hier der Begriff "authority coupled with an interest" wesentlich weiter gefasst ist, als im amerikanischen Recht und insbesondere nach Mechem;⁹⁰ er umfasst hier zusätzlich auch die power given as security.

Bowstead/Griew, ein sehr praxisorientiertes Werk, bringt anschauliche Beispiele im Ueberfluss, deren einige hier wiedergegeben seien:⁹¹

- "Einem Geschäftsführer werden gewisse Güter übertragen, um sie zu einem festgesetzten Preis zu verkaufen. Der Geschäftsführer zahlt dem Prinzipal einen Vorschuss, gegen die consideration, dass dieser ihn bevollmächtigt, zum Marktpreis zu verkaufen und den Gewinn zur Tilgung des Vorschusses zu behalten. Die Bevollmächtigung ist unwiderruflich."⁹²
- "Einem Geschäftsführer werden gewisse Güter zum Verkauf übertragen, und ohne weitere Sicherheit gibt er dem Prinzipal einen Vorschuss.

Später bevollmächtigt ihn der Prinzipal, zum Marktpreis zu verkaufen und den Gewinn zur Tilgung des Vorschusses zu behalten. Die Bevollmächtigung ist widerruflich, da nicht gegen consideration erteilt."⁹³

Diese beiden Beispiele betreffen die Wichtigkeit der consideration. Bowstead/Griew zitieren dazu in beiden Fällen den

⁸⁹ Powell S. 393 bei N. 1.

⁹⁰ S.O. S.154.

⁹¹ Illustrations zu Art. 137; frei übersetzt vom Verfasser.

⁹² Illustration 3.

⁹³ Illustration 4.

oben erwähnten Entscheid *Raleigh vs. Atkinson*, der in diesem Bezug anscheinend noch immer als gültig anerkannt wird, nur dass neben der consideration heute auch noch andere Voraussetzungen gefordert werden.

Fraglos "good law" ist die Rechtsprechung aber, die folgenden Beispielen zugrunde liegt:

- "Einem Geschäftsführer werden gewisse Güter zum Verkauf übertragen. Er macht Vorschüsse, gegen die consideration, dass ihm der Prinzipal verspricht, seine Verkaufsvollmacht unwiderruflich zu machen.

Die Bevollmächtigung ist unwiderruflich.

Fehlt eine solche Abmachung gegen 'valuable consideration', so wird die Bevollmächtigung nicht unwiderruflich, nur weil der Prinzipal geschuldete Vorschüsse nicht rechtzeitig zurückzahlt."⁹⁴

- "A schreibt an B, er wolle gegen eine Kommission als consideration eine gewisse Anzahl Anteile einer Gesellschaft zeichnen, und er bevollmächtige B, in seinem Namen und auf seine Rechnung die Zeichnung vorzunehmen. B, der ein Lieferant der betreffenden Gesellschaft und daher an der Kapitalerhöhung interessiert ist, akzeptiert schriftlich diesen Vorschlag.

Die Zeichnungsbevollmächtigung ist unwiderruflich."⁹⁵

Nach alledem ist also im englischen wie im amerikanischen Recht die Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion unwiderruflich, sofern sie gegen consideration erteilt worden ist.

Ebenso ist sie unwiderruflich, wenn sie zwar ohne consideration, aber dafür in einem Formalakt ("by deed" oder "under

94 Illustration 5, unter Hinweis auf *Smart vs. Sandars* zit. o.N. 86 und *De Comas vs. Prost* (1865) 3 Moore's Privy Council Cases, New Series 158.

95 Illustration 6, unter Hinweis auf *Carmichael's case*, zit. o. S. 149 N. 40.

seal") vorgenommen wurde.⁹⁶

Seit der Powers of Attorney Act von 1971 ist der Sprachgebrauch festgelegt: Eine sogenannte power of attorney muss "under seal" erteilt werden⁹⁷ und ist somit immer unwiderruflich, sofern sie Verfügungsfunktion hat.

Im Gegensatz zum Recht der USA geht das englische Recht in der Angleichung der Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion an die Zession nicht so weit, dass eine verfügungsähnliche Bevollmächtigung immer dann unwiderruflich wäre, wenn das "assignment" des betreffenden Rechts gültig wäre. Einerseits ist das "gratuitous assignment" - d.h. die Zession ohne consideration - in England in weiterem Masse als gültig anerkannt: Blosser mündliche Zessionserklärung genügt, auch wenn die consideration fehlt.⁹⁸ Andererseits habe ich nirgends einen Hinweis darauf gefunden, dass eine formlose Bevollmächtigung ohne consideration unwiderruflich sein könnte, wenn sie z.B. mit "actual delivery" verbunden wäre.⁹⁹

Das englische Recht erklärt also die Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion dann und nur dann für unwiderruflich, wenn

96 Anson/Guest S. 612 f.; Bowstead/Griew Art. 137 bei N. 25 und Illustrations 1 und 2 mit Hinweis auf: Gaussen vs. Morton (1830) 10 Barnewall & Cresswell 731; Re Rose, ex p. Hasluck (1894), 1 Manson 218; vgl. auch Kiddill vs. Farnell (1857), 3 Smale & Giffard 428 (zur Auswirkung des Todes des Prinzipals).

97 Powers of Attorney Act, Section 1, zit. nach Anson/Guest S. 612 N. 5.

98 Cheshire/Fifoot/Furmston S. 498 mit Hinweis auf folgende Fälle:
Harding vs. Harding (1886), 17 Queen's Bench Division 442;
Re Patrick, Bills vs. Tatham (1891), 1 Chancery Division 82;
Re Griffin, Griffin vs. Griffin (1899), 1 Chancery Division 408;
Re McArdle (1951), Chancery Division 669;
nebst weiteren Fällen.

99 So im amerikanischen Recht: S.o. S. 146 f.

sie entweder in einem Formalakt oder gegen consideration erfolgt ist.¹⁰⁰

Auch diese Generalklausel deckt aber die praktisch bei weitem häufigsten Fälle der verfügungsähnlichen Bevollmächtigung.

3.3.2.2.4. Verdrängende Wirkung der unwiderruflichen Bevollmächtigung

Auch nach englischem Recht gilt "inconsistent conduct" als Widerruf:¹⁰¹ Ein Prinzipal, der jemanden bevollmächtigt hat, eine Forderung einzuziehen, und dann selbst gegen den Schuldner vorgeht, widerruft seine Bevollmächtigung.¹⁰²

"The word 'irrevocable', in the sense in which we have used it, is a compendious term to express the rule that in these cases the agent's authority cannot be terminated by the act of the principal without the agent's consent ..."¹⁰³

100 Zusätzlich erklärte der Law of Property Act von 1925 in Section 126 f. gewisse Bevollmächtigungen für unwiderruflich. Diese Bestimmungen bezogen sich auf die power of attorney und sind somit durch den Powers of Attorney Act von 1971 überholt. Dieser sieht nun in Section 4 vor, dass eine power of attorney dann unwiderruflich ist, wenn sie "to secure a proprietary interest of the donee of the power, or the performance of an obligation owed to the donee" erteilt worden ist (zit. nach Anson/Guest S. 613 N. 1). Da die power of attorney nach Section 1 desselben Gesetzes "by deed" erteilt werden muss (vgl. bei N. 97), bedeutet dies nur eine Bekräftigung des ohnehin geltenden Rechts, dass eine Bevollmächtigung "as security", d.h. causa solvendi, unwiderruflich ist, und dass diese Unwiderruflichkeit unabhängig von genügender consideration eintritt, wenn die Bevollmächtigung "under seal" erfolgte.

101 Powell S. 378; ebenso Stoljår S. 165 mit Hinweis auf Smith & Jennings' Case (1610) Lane 97.

102 Anon. (1700) 12 Modern Reports 409; zit. nach Stoljår a.a.O. N. 7.

103 Powell S. 394 nach N. 6; vgl. auch die Fälle: Howes vs. Ball, 7 Barnewall & Cresswell 481 und Sewell vs. Burdick, 10 Appeal Cases, House of Lords 74, 95; beide zit. nach Mechem § 591 N. 73 zur Bestätigung der verdrängenden Wirkung (auch hier wieder englische Fälle als Autorität ./).

Wenn der Prinzipal nicht ohne Einwilligung des Vertreters durch "inconsistent conduct" widerrufen kann, so ist der Vertreter wie ein dinglich Berechtigter geschützt und kann auch gegen Dritterwerber vorgehen, soweit ihm nicht der Schutz des gutgläubigen Rechtsverkehrs entgegensteht. Insbesondere wird eine unwiderrufliche Bevollmächtigung durch den Konkurs des Prinzipals nicht berührt.¹⁰⁴

3.3.2.2.5. Zusammenfassung

Auch nach dem Recht des englischen Mutterlandes ist somit grundsätzlich die Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion unwiderruflich und verdrängend. Allerdings wird die Analogie zu anderen Verfügungen, insbesondere zur Zession, weniger weit getrieben als in den USA; eine formlos und ohne consideration vorgenommene Bevollmächtigung ist widerruflich, auch wenn sie die Funktion einer Verfügung hat, die unter denselben Umständen unwiderruflich gültig wäre.

Eine Untersuchung der einzelnen Spezialfälle erübrigt sich auch hier, da in einer Generalklausel geregelt ist, wann die Bevollmächtigung unwiderruflich ist.

im amerikanischen Recht!). Vgl. auch Müller-Freienfels S. 140: "Das englische Recht hat denn auch keine Bedenken getragen, eine eigennützige unwiderrufliche Vollmacht mit der Beschränkung des Prinzipals zu koppeln, dass dieser als Rechtsinhaber vom Augenblick der Vollmachtserteilung an nur mit Einwilligung des Vertreters über das entsprechende Recht verfügen kann." Vgl. auch Müller-Freienfels S. 145 zum amerikanischen Recht.

¹⁰⁴ Bowstead/Griew Art. 137 bei N. 35 und Illustrations 8, 10, 11 mit Hinweis auf:

Carter vs. White (1882), 20 Chancery Division 225;
Yates vs. Hoppe (1850), 9 Common Bench 541; Crowfoot
vs. Gurney (1832), 9 Bingham 372 und weitere Fälle.

3.3.3. Romanischer Rechtskreis

3.3.3.1. Italienisches Recht

3.3.3.1.1. Allgemeines

Das italienische Recht hat die abstrakte Begrifflichkeit der Pandektistik weitgehend rezipiert. Damit verbunden war aber keineswegs eine kritiklose Uebernahme der deutschen Theorien. Ganz besonders im Vertretungsrecht sind in Italien - obzwar im Rahmen der bekannten gemeinrechtlichen Terminologie - neue und originelle Lösungen entwickelt worden.

Dies ist für den im deutschen Rechtskreis geschulten Juristen sehr interessant, da sich hier ein völlig anderes Recht in einer ihm verständlichen und vertrauten Gestalt präsentiert. In Stil und Argumentationstechnik sind die italienischen Standardwerke über "il negozio giuridico" den deutschen Lehrbüchern über das Rechtsgeschäft nahe verwandt; im Ergebnis hingegen teilweise sehr verschieden.

Im folgenden Ueberblick über das italienische Recht der unwiderruflichen Bevollmächtigung wird aufzuzeigen versucht, wie man mit demselben theoretischen Rüstzeug zu abweichenden Resultaten gelangen kann. Diese elastische Verwendbarkeit der gemeinrechtlichen Technik ist übrigens ein entscheidendes Argument für ihre Qualität.

Noch eine Bemerkung zur Sprache: Im deutschen Sprachraum wird das italienische Recht zumeist wegen Sprachschwierigkeiten wenig berücksichtigt. Aus diesem Grunde habe ich hier die meisten Zitate übersetzt, soweit ihr Sinn nicht aus dem Zusammenhang ohnehin hervorgeht.

3.3.3.1.2. Vertretungsbegriff des italienischen Rechts

3.3.3.1.2.1. Nach dem Codice Civile (cci.):

Aehnlich wie das Restatement¹ hält auch der Codice Civile von 1942 die eigentliche Vertretung für ausschliesslich im Interesse des Prinzipals erteilt. So ist nach cci. 1394 "il contratto concluso dal rappresentante in conflitto d'interessi col rappresentato ..." vom Prinzipal anfechtbar, sofern der Interessenkonflikt dem Drittkontrahenten bekannt oder erkennbar war.

Die Interessenvertretung wird in cci. 1388 sogar ausdrücklich zum Begriffsmerkmal der "rappresentanza" erhoben: "Il contratto concluso dal rappresentante in nome e nell'interesse del rappresentato, nei limiti delle facoltà conferitegli, produce direttamente effetto nei confronti del rappresentato."

In dieser Formulierung zeigt sich der Einfluss Pugliattis, dessen 1965 erschienenes Werk zum grossen Teil schon vor 1942 in verschiedenen Publikationen vorbereitet worden ist.² Pugliatti geht davon aus, dass der Prinzipal nicht gebunden werden dürfe, wenn sein organisatorischer Vertreter entgegen seinem Interesse gehandelt hat.³ Andernfalls könnte ein Generalbevollmächtigter auch dann wirksam zulasten des Prinzipals Verpflichtungen eingehen und Verfügungen vornehmen, wenn er dabei nur seine eigenen Interessen verfolgt. "Ora questa conseguenza ... è inaccettabile..."⁴

1 S.O. S. 142 f.

2 Messineo S. 223 nennt das Gesamtwerk "il più significativo complesso di contributi italiani sull'argomento".

3 Pugliatti S. 85 f. Dieses Zitat stammt ebenso wie die im Folgenden angeführten Stellen ursprünglich aus den "annali dell'istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della Reale Università di Messina" II, 1928.

4 Pugliatti S. 86.

Dieses Werturteil ist für die organisatorische Vertretung durchaus plausibel; warum soll ein Unterschied darin bestehen, ob der Vertreter gegen den Buchstaben oder gegen den Sinn der Bevollmächtigung verstösst? Wenn mit Rücksicht auf gutgläubige Dritte trotz einem solchen Verstoss des Vertreters das Eintreten der Vertretungswirkungen statuiert wird, dann liegt eben Vertretung in Schutzfunktion vor.

So kam Pugliatti - und kam ihm folgend der cci. - dazu, den Interessenkonflikt zwischen Vertreter und Vertretenem als Anfechtungsgrund anzusehen.

Damit war zutreffenderweise die Interessenvertretung als Begriffselement der organisatorischen Vertretung erkannt.

Pugliatti versucht nun aber, a l l e Funktionen der Vertretung auf die organisatorische Vertretung zurückzuführen,⁵ und zwar mit folgender Argumentation:

Das mandatum in rem suam - bzw. in rem propriam - sei letztlich im Interesse des Vertretenen erteilt. Gesetzt nämlich den Fall, dass z.B. A den B beauftragt, mit dem Geld des A eine Violine zu kaufen und sie einem Dritten zu übertragen oder auch selbst zu behalten, dann liegen folgende zwei Akte vor: Einerseits sei B bevollmächtigt, im Interesse des A den Kauf abzuschliessen, andererseits sei er bevollmächtigt, anschliessend über die Violine zu verfügen.

Diese beiden Akte liegen im Interesse des A.

"Was den ersten von beiden angeht, brauchen nicht viel Worte verloren zu werden; denn hier handelt es sich um nicht anderes als um einen höchst gewöhnlichen Auftrag, eine Sache für den Prinzipal zu kaufen; und es kann kein Zweifel sein, dass damit das einzige Interesse verfolgt wird, das überhaupt eine Rolle spielt, d.h. das Interesse des Prinzipals. Aber wir sind der Ansicht, dass auch beim zweiten Akt kein Zweifel

5 Pugliatti S. 113 f.

bestehen könne. Es ist dies nämlich nichts anderes als ein Auftrag, den Besitz einer Sache aus dem Eigentum des Mandanten einer anderen Person zu übertragen (aus welchem Rechtsgrund, spielt keine Rolle), und dieser Empfänger braucht keine Drittperson zu sein ..."⁶

Diese Argumentation beruht allerdings auf einer verfehlten Konzeption des Interesses. Es ist zu unterscheiden zwischen dem Interesse an der Bevollmächtigung und dem Interesse an der daraus folgenden Vertretung. Wenn A den B zur Vornahme einer Verfügung an sich selbst bevollmächtigt, dann liegt die Bevollmächtigung sehr wohl auch im Interesse des A, der andernfalls vielleicht einen Umweg einschlagen müsste, um den gewünschten Erfolg zu erreichen.⁷

Die aus der Bevollmächtigung entstehende Rechtslage jedoch - dass nämlich B die Sache an sich selbst übertragen kann, ohne auf A noch angewiesen zu sein - liegt ganz eindeutig und typisch im Interesse des B.

Im angeführten Beispiel liegt daher Bevollmächtigung zur Vertretung im eigenen Interesse vor. Eine solche Bevollmächtigung hat Verfügungsfunktion;⁸ wenn z.B. A den B bevollmächtigt, eine Verfügung an sich selbst vorzunehmen, dann ist damit die Verfügung wirtschaftlich bereits vorgenommen.⁹

Dass die Bevollmächtigung an sich ebensosehr im Interesse des Mandanten wie des Bevollmächtigten liegt, ändert daran nichts; wichtig ist nur, dass ihr E r g e b n i s im Interesse des Vertreters liegt. Der Fall liegt ähnlich wie bei beliebigen Verfügungen: Der W e g zum Ziel, z.B. einer Tradition, dient allen Beteiligten; das Ziel selbst aber besteht in der Uebertragung eines Aktivums von einem Subjekt A zum Subjekt B und liegt daher im Interesse des B.

⁶ Pugliatti S. 114, übersetzt vom Verfasser.

⁷ S.O. S. 27 nach N. 4 und S. 83.

⁸ S.O. S. 83 f.

⁹ Müller-Freienfels S. 113 f.

Eine Bevollmächtigung im Interesse des Vertreters ist daher entgegen Pugliatti durchaus denkbar, wenn man unter Interesse nicht das Interesse an der Bevollmächtigung selbst, sondern an ihrem Ergebnis versteht.

Wenn auch die Argumentation Pugliattis unbehelflich ist, so ist doch seine Schlussfolgerung, d.h. die Beschränkung des Begriffs der "rappresentanza" auf die organisatorische Vertretung, durchaus nicht falsch. Wohl ist sie nicht zwingend geboten, denn die Fälle einer eigennützigen Vertretung lassen sich nicht hinwegleugnen; jedoch ist auch die organisatorische Vertretung ein allgemein gültiger Begriff, und wie man das Kind dann nennen solle, ist eine zweitrangige Frage. Wenn allerdings nur die organisatorische Vertretung überhaupt Vertretung genannt werden soll, dann ist noch eine andere Bezeichnung für die anderen Funktionen der Vertretung zu suchen - und nicht etwa einfach deren Existenz zu leugnen.

Die herrschende Lehre hat sich zu Recht der Auffassung Pugliattis nicht angeschlossen und die Existenz einer eigennützigen Vertretung anerkannt.

3.3.3.1.2.2. Nach herrschender Lehre:

"Wenn es die Regel ist, dass der Vertreter im Interesse (und im ausschliesslichen Interesse) des Vertretenen tätig wird ..., so liegt die Sache doch nicht immer so.

...

Aber es ist hervorzuheben, dass im Fall des sogenannten *mandatum tua tantum gratia*, d.h. der *procura in rem propriam*, keine Wahrung fremder Interessen vorliegt (...); und daher ist man hier ausserhalb des Bereichs der Vertretung; und teilweise ist man in derselben Situation - insofern nämlich die Wahrung der Interessen des sogenannten Mandanten fehlt - beim *mandatum mea et tua gratia* und dem *mandatum mea et aliena gratia*.¹⁰

10 Messineo S. 321 f., übersetzt vom Verfasser.

Die Vertretung in Gestaltungsfunktion ist hier zu Recht als in der Interessenlage total verschieden von der organisatorischen Vertretung erkannt worden. Messineo hält daran fest, dass die "rappresentanza" des cci. primär die organisatorische Vertretung umfasst, anerkennt aber daneben die eigennützige Vertretung als selbständige Rechtsfigur.

In seinem grossen Werk über das "negozio giuridico" hat Betti¹¹ eine originelle und m.E. den Kern der Sache betreffende Systematik vorgestellt:¹²

Oberbegriff ist die "legittimazione" als Voraussetzung der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte. Dieser Begriff bedeutet nichts anderes als die Zuordnung der Subjekte von Verhalten und Rechtsfolge.

"Questione di legittimazione è di vedere da c h i e in confronto di c h i il negozio sia r e t t a m e n t e concluso ..."¹³

Normalerweise geschieht die Zuordnung im Sinne der Identität: "... la regola fondamentale in tema di legittimazione è quella dell'identificazione o coincidenza fra il soggetto del negozio (...) e il soggetto degli interessi, in particolare dei rapporti giuridici, sui quali verte il negozio."¹⁴

11 Betti S. 219 ff.

12 Ihm folgend auch Cariota-Ferrara, S. 629 N. 7 bis.

13 Betti S. 219; gesperrter Text im Original kursiv.

14 Betti S. 220; ebenso Cariota-Ferrara S. 628 vor N. 6. Zu beachten ist hier, wie auch in den folgenden Zitaten nach Betti, dass der Begriff "soggetto degli interessi" n i c h t als Subjekt der Interessen im hier verwendeten Sinne zu verstehen ist, sondern als Subjekt der Rechtsfolgen im allgemeinen. Betti spricht nicht vom Interesse an sich, sondern von den "interessi ... sui quali verte il negozio" d.h. die vom Geschäft betroffenen Interessen. Das jeweilige Geschäft kann die Interessen aber auch im negativen Sinne "betreffen"! Das Subjekt, dessen Interessen von den Rechtsfolgen eines bestimmten Verhaltens betroffen werden, ist durchaus nicht immer am Eintreten dieser Rechtsfolgen interessiert. Dass diese Uebersetzung zutrifft, zeigt sich an den Beispielen, die Betti - wie auch Cariota-Ferrara - zu diesem Zusammenhang vorbringen.

Von diesem Grundsatz gibt es nun Ausnahmen:

- Einerseits die Unzuständigkeit im Sinne des in der vorliegenden Arbeit verwendeten Begriffs:¹⁵ "... nei casi in cui ... chi è soggetto degli interessi o rapporti giuridici in questione, non è legittimato a compiere (almeno da solo) il negozio che su di essi incide."¹⁶
- Andererseits die Vertretung als Diskrepanz der Subjekte von Verhalten und Rechtsfolgen: "Per converso, si presentano categorie d'ipotesi nelle quali la legittimazione a compiere il negozio prescinde dalla coincidenza tra soggetto del negozio e soggetto degli interessi o rapporti giuridici, sui quali incide il negozio; e legittimato a compiere il negozio è chi non è il soggetto di questi interessi."¹⁷

Schon bisher ist eine Uebereinstimmung dieser italienischen Lehre mit dem in dieser Arbeit vertretenen Standpunkt zu erkennen, allerdings beschränkt auf das Gebiet der Rechtsgeschäfte.

Dass die hier völlig a priori deduktiv entwickelte Systematik der Begriffe mit einer induktiv aus geltendem Recht abstrahierten Theorie übereinstimmt, scheint mir immerhin für ihre praktische Verwendbarkeit zu sprechen, zumal sie - wie gezeigt und noch zu zeigen - geeignet ist, die positiv geltenden Rechtsordnungen aller hier behandelten Rechtskreise zu erfassen. Natürlich ist dies kein Beweis für die Richtigkeit meiner Deduktionen; da aber, um mit Kant zu reden, jedermann "selbst gegen die klärsten abstracten und allgemeinen Lehrsätze misstrauisch"¹⁸ ist, kann es nichts schaden, ihre Gültigkeit durch "pöbelhafte Berufung auf ... Erfahrung"¹⁹ zu bekräftigen.

15 Betti S. 220 f. vor N. 5; Cariota-Ferrara S. 628 bei N. 6 bis; s.o. S. 86-89.

16 Betti a.a.O.

17 Betti S. 221 vor N. 6; vgl. Cariota-Ferrara S. 628 vor N. 7.

18 Kant S. 457.

19 Kant S. 245.

Die Bestätigung meiner Ansichten durch die italienische Lehre geht aber noch weiter. Betti unterscheidet nämlich folgende drei Fälle der Vertretung:

Zuerst nennt er die Vertretung in Gestaltungsfunktion, d.h. im Interesse des Vertreters. "Manchmal ist das praktische Problem, das vom Gesetz gelöst wird, indem es erlaubt oder vorschreibt, dass das Rechtsgeschäft von einer aussenstehenden Person vorgenommen wird, die von den Rechtsfolgen nicht betroffen wird, der Schutz der Interessen dieser aussenstehenden Person."²⁰

Es werden unter anderem folgende Beispiele dieser Funktion angeführt:²¹

- Das Recht des Pfandgläubigers, die Pfandsache nach cci. 2796 f. zu verwerten;
- die Verfügungsmacht des Ehemanns über das Frauengut;
- und, nebst weiteren Beispielen, schliesslich die "rappresentanza" nach cci. 1387 ff., sofern sie im Interesse des Vertreters liegt.

Dass diese eigennützige Vertretung zulässig sei, wird dabei als völlig selbstverständlich angesehen. "Die Vertretungsmacht wird in der Regel im Interesse des Vertretenen wahrgenommen ... Sie kann jedoch durch den Willen dieses Vertretenen selber auch im gemeinsamen Interesse von Vertretenem und Vertreter ... oder sogar im ausschliesslichen Interesse des Vertreters eingeräumt werden."²²

"Hier zeigt sich eine Erscheinung von Zweckumwandlung, die auch in der Phänomenologie anderer Rechtsinstitutionen anzutreffen ist: der Aufbau der Institution kann auch in einem Sinn verwendet werden, der von der ursprünglichen Zweckbestimmung abweicht ..."²³

20 Betti S. 221 nach N. 6, vgl. auch Cariota-Ferrara S. 629 f.

21 Betti S. 221-223; Cariota-Ferrara S. 629 f.

22 Cariota-Ferrara S. 693; ebenso Betti S. 562 und Messineo S. 231 f., zit. o. S. 171 bei N. 10.

23 Betti S. 562 nach N. 10; ähnlich Müller-Freienfels S. 114.

Mit anderen Worten: Die "rappresentanza" ist vom positiven Recht primär im Blick auf die organisatorische Vertretung ausgestaltet worden. Diese Ausgestaltung erlaubt aber auch eine Verwendung für die Vertretung entweder in Gestaltungsfunktion oder in Schutzfunktion.

Neben der Vertretung in Gestaltungsfunktion nennt Betti einerseits die organisatorische Vertretung²⁴ und andererseits die Vertretung in Schutzfunktion.²⁵ Es findet sich hier also dieselbe Dreiteilung der Funktionen der Vertretung, die auch vom Verfasser vorgeschlagen wurde.²⁶ Allerdings wird - im Einklang mit der Beschränkung der Vertretung auf die Rechtsgeschäfte - die Schutzfunktion auf den Gutgläubensschutz beschränkt, und nicht auf die Deliktshaftung des Geschäftsherrn nach cci. 2049 ausgedehnt. Dafür zählt Betti aber sehr zu Recht zur selben Funktion die Vorschriften zum Verkehrsschutz, die den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten sanktionieren.²⁷

Der Anschein z.B. einer dinglichen Berechtigung wird der Anscheinsvollmacht gleichgestellt: "Oltre che alla spettanza del diritto, e quindi ad una legittimazione di primo grado, l'apparenza può riferirsi anche ad una legittimazione di secondo grado. Si può dare cioè l'apparenza di un potere, in realtà estinto o limitato, in confronto del titolare del diritto: in particolare, di un potere di rappresentanza."²⁸

Ausserhalb des Gebietes der Rechtsgeschäfte ist die Bevollmächtigung im Interesse des Vertreters ebenfalls bekannt. So löst der Haftpflichtversicherte die Leistungspflicht der Versicherung aus.²⁹ Dass dies im Interesse des Versicherten liegt, ist selbstverständlich.

24 Betti S. 224.

25 Betti S. 225-229.

26 S.o. S. 26-50.

27 Betti a.a.O.

28 Betti S. 227 nach N. 26.

29 Cci. 1917.

Anders liegt der Fall bei der Bürgschaft. Grundsätzlich ist der Bürge - in deutlicher Anlehnung an das römische Recht "fideiussore" genannt - von Anfang an neben dem Hauptschuldner solidarisch verpflichtet.³⁰ Seine Rechtsstellung wird durch das Verhalten des Hauptschuldners grundsätzlich nicht beeinflusst. Es kann jedoch vereinbart werden, dass der Bürge erst nach fruchtloser Betreibung des Hauptschuldners belangt werden könne;³¹ in diesem Fall bedeutet die Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit durch den Hauptschuldner ein Verhalten, das die Rechtsstellung des Bürgen beeinflusst. Der Hauptschuldner ist somit Vertreter des Bürgen im eigenen Interesse.

3.3.3.1.3. Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung

Bei der Vertretung ausserhalb des Gebietes der Rechtsgeschäfte ist die Unwiderruflichkeit nie bestritten worden. Sowohl Bürgschaftsvertrag wie Versicherungsvertrag können als normale Verträge nicht von einer Partei einseitig widerrufen werden. Die Bevollmächtigung ist hier Vertragsbestandteil und als solcher kraft positiven Rechtes unwiderruflich.

Anders bei der Vertretung beim Rechtsgeschäft, d.h. der "rap-presentanza". Diese wird durch "procura" begründet,³² d.h. durch einseitiges Geschäft des Prinzipals.³³ Für eine naturwissenschaftliche Denkweise läge es nahe, aus dem Charakter der Bevollmächtigung als einseitiges Rechtsgeschäft "logisch" auch ihre absolute einseitige Widerruflichkeit zu folgern.³⁴

Die italienische Lehre ist dieser Gefahr entgangen. Nicht zuletzt dank dem Einfluss Pugliattis ging das Bewusstsein eines

30 Cci. 1944 I.

31 Cci. 1944 II.

32 Cci. 1388 in Verbindung mit 1392.

33 Messineo S. 238; Neppi S. 66 bei N. 19; Betti S. 563 ff. und besonders S. 565 f. bei N. 6. f.; Cariota-Ferrara S. 690 f.; a.M. aber Pugliatti S. 159, S. 170 bei N. 15; s.o. S. 66 f. N. 47.

34 Dies ist, wie oben auf S. 79 gezeigt, unhaltbar.

engen Zusammenhangs von Grundgeschäft und "procura" nie verloren.³⁵ So hat die herrschende Lehre denn auch keine Bedenken, die Regelung des Auftrags analog auf die Vertretung anzuwenden, wo dies angebracht scheint. Nun bestimmt cci. 1723 II, dass der Auftrag - vorbehältlich anderer Abrede oder eines wichtigen Grundes - unwiderruflich sei, wenn er auch im Interesse des Beauftragten oder Dritter liege.

Diese Bestimmung wird analog auf die Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion angewandt.³⁶

Der Analogieschluss ist m.E. zutreffend: Auch der Auftrag liegt typischerweise im Interesse des Mandanten,³⁷ kann aber "in einem Sinn verwendet werden, der von der ursprünglichen Zweckbestimmung abweicht".³⁸ Wird nun beim Auftrag bei konkurrierendem Interesse des Beauftragten Unwiderruflichkeit angenommen, so wäre nicht einzusehen, warum sich diese Unwiderruflichkeit nicht auch auf eine mit dem Auftrag verbundene Bevollmächtigung erstrecken sollte.

Die Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion ist in der italienischen Lehre und Praxis fest verankert. Für den Rechtszustand unter dem alten Codice Civile

-
- 35 Pugliatti S. 157 ff., zuerst erschienen in "Annali dell' Istituto di Scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della Reale Università di Messina" III, 1929. Da Pugliatti selbst zum Teil die Ansichten Schlossmanns übernommen hatte - vgl. z.B. S. 159-, zeigt sich hier das Phänomen, dass ein Autor wie Schlossmann in seinem Heimatland keine nachhaltige Wirkung erzielt, aber dafür die herrschende Lehre und vielleicht sogar die Gesetzgebung eines anderen Landes wesentlich beeinflusst hat.
- 36 Messineo S. 243 nach N. 57; Betti S. 580 f. und S. 223; Cariota-Ferrara S. 696. Die Erwähnung des Interesses der Dritten kann sich nur auf den Fall beziehen, da der Vertreter aufgrund eines besonderen Verhältnisses die Interessen Dritter wahrnimmt, s.o. S. 111-113 und S. 118 N. 9.
- 37 Cci. 1723 spricht vom konkurrierenden Interesse des Beauftragten als von einem Ausnahmefall.
- 38 S.o. S. 174 am Ende.

sei insbesondere auf das Werk Stolfi verwiesen. Nach diesem Autor war bereits 1933 die unwiderrufliche Bevollmächtigung von der italienischen Lehre weitgehend anerkannt.³⁹

Stolfi selbst ist allerdings - ähnlich wie heute Flume⁴⁰ - der Ansicht, dass die Unwiderruflichkeit nur dann eintreten solle, wenn die Bevollmächtigung die Funktion einer Verfügung causa solvendi hat:⁴¹ "Mir scheint es, dass die absolute Unwiderruflichkeit der 'procura' nur dann anzuerkennen sei, wenn der Vertreter vertraglich ein wirkliches und eigentliches Recht erworben hat, im Namen des dominus zu handeln." Nach der Gerichtspraxis genügte sogar die causa donandi; so z.B. in folgendem Fall:⁴²

"Tizio hatte seinen Söhnen gewisse Güter geschenkt und hatte, unmittelbar anschliessend und im Zusammenhang mit der Schenkung, einem der Brüder die procura erteilt, die betreffenden Güter zu verwalten. Dabei verpflichtete er sich, das Widerrufsrecht nicht auszuüben, um zu verhindern, dass die Söhne wegen seiner Neigung zur Verschwendung Schaden erlitten. Der Gerichtshof anerkannte die Unwiderruflichkeit ..."

Stolfi kritisiert diesen Entscheid merkwürdigerweise nicht, was seine oben erwähnte restriktive Ansicht relativiert.

Auch heute ist der Rechtszustand im wesentlichen derselbe.

"Die procura kann unwiderruflich sein; aber sie ist dies nur in den Fällen, da sie im Überwiegenden Interesse des Vertreters, oder im gemeinsamen Interesse von Vertreter und Vertretenem, oder im Interesse eines vom Vertretenen verschiedenen Dritten, oder schliesslich im Interesse von Vertretenem und Drittem erteilt worden ist."⁴³

39 Stolfi S. 339 N. 2.

40 S.u. S. 201 f.

41 Stolfi S. 340.

42 Decisione della Corte Suprema del 27 luglio 1931, Foro italiano 1932 I, S. 50; zit. nach Stolfi S. 341.

43 Messineo S. 243 bei N. 57 mit ausdrücklicher Verweisung auf Stolfi. Zur Erwähnung des "Dritten" s.o. N. 36.
Gl. M. wie Messineo: Betti S. 580 f.; Cariota-Ferrara S. 696. Ebenso die Praxis: Vgl. die Verweisungen bei Betti a.a.O. N. 17 und S. 223 N. 14.

Eine ausdrückliche Willensäußerung der Parteien ist nicht notwendige Voraussetzung der Unwiderruflichkeit; die Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion ist objektiven, aber dispositiven Rechtes. Dies ergibt sich aus der Analogie zu cci. 1723 II: Auch das Mandat im Interesse des Beauftragten ist unwiderruflich, wenn die Parteien nichts anderes bestimmen.

3.3.3.1.4. Verdrängende Wirkung der unwiderruflichen Bevollmächtigung

Nach einhelliger Lehre ist die Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion nicht gepaart mit Unzuständigkeit des Prinzipals, durch faktisches Handeln die Ausübung der Vollmacht zu vereiteln.

Dies ist insofern erstaunlich, als nach cci. 1724 der Auftrag durch "inconsistent conduct" im Sinne des angelsächsischen Rechtes widerrufen wird; wenn der Auftraggeber die aufgetragene Tätigkeit selbst ausführt, ist dies eine "revoca tacita". Dies wird auch für die Vertretung anerkannt.⁴⁴

Dessenungeachtet bleibt bei einer unwiderruflichen Bevollmächtigung eine "revoca tacita" möglich. Dies wird in der italienischen Lehre seit jeher betont.⁴⁵

3.3.3.1.5. Zusammenfassung

Nach italienischem Recht ist die Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion generell unwiderruflich. Der Prinzipal kann aber durch sein eigenes Verhalten die Rechtsübertragung illusorisch machen.

44 Cariota-Ferrara S. 694.

45 Stolfi S. 327 ff.; ebenso seit dem Inkrafttreten des neuen cci. von 1942: "In altri termini, è vero che il rappresentato non dismette l'attitudine a compiere da sè il negozio giuridico per cui ha conferito la procura ..." (Cariota-Ferrara S. 694).

Ob eine so begründete Vertretung in Gestaltungsfunktion noch vom Begriff der "rappresentanza" nach cci. 1387 ff. erfasst wird, ist streitig, wird aber von der h.L. bejaht.

Im Rahmen der Rechtsgeschäfte ist durch diese Generalklausel die Unwiderruflichkeit der verfügungsähnlichen Bevollmächtigung umfassend geregelt. Im Gebiet des übrigen Rechts sind insbesondere Versicherung und Bürgschaft zu nennen; zudem kann der gewünschte Erfolg auch durch bedingte Rechtsgeschäfte erreicht werden⁴⁶, indem eine Verfügung oder eine Verpflichtung zugunsten des Vertreters oder Dritter durch ein Verhalten des Vertreters bedingt wird.

3.3.3.2. Französisches Recht

3.3.3.2.1. Grundsatz der Widerruflichkeit

"Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom."⁴⁷

"Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble ..."⁴⁸

Von dieser grundsätzlichen Widerruflichkeit der Bevollmächtigung kennt der Code Civil nach seinem Wortlaut keine Ausnahme.

Auch ein Teil der Lehre teilt die Meinung, dass der Grundsatz der Widerruflichkeit keine Ausnahmen dulde; so schreibt Madray beiläufig:⁴⁹

"En effet, lorsqu'il y aura représentation de la volonté d'une personne, il y aura tout autant représentation de ses intérêts, car il est évident que le représenté ne donnera pas au représentant le pouvoir de mettre en jeu la représentation juridique dans le seul but que sa volonté soit reproduite; en investis-

46 Cci. 1353 ff.

47 Ccf. 1984 I.

48 Ccf. 2004.

49 Madray S. 175 f., im gleichen Sinn Corbesco S. 105 No. 129.

sant autrui de la faculté d'agir en son nom, le représenté vise les avantages pécuniaires qu'il retirera de l'opération..."

Madray beschränkt also die Vertretung auf ihre organisatorische Funktion. Da das französische Recht die unwiderrufliche Bevollmächtigung im Interesse des Prinzipals nicht kennt und den Schutz Unbeholfener auf andere Weise wahrnimmt,⁵⁰ müsste die Bevollmächtigung stets widerruflich sein.

Diese Konsequenz wird auch gezogen, so z.B. von der heute wohl modernsten systematischen Darstellung des französischen Zivilrechts:⁵¹

"Valable en principe, la clause d'irrévocabilité a-t-elle pour effet de maintenir au mandataire ses pouvoirs de représentation malgré une révocation, ou seulement d'engager la responsabilité du mandant en cas de révocation? La seconde solution paraît préférable; il est difficile d'admettre que le mandataire ait encore qualité pour représenter un mandant qui lui a retiré sa confiance."

Auch für das "mandat donné à un créancier par un débiteur de réaliser les biens de celui-ci et d'en affecter le prix au paiement"⁵² gilt dasselbe: "La jurisprudence soumet le mandat d'intérêt commun aux règles du mandat avec clause d'irrévocabilité: la révocation du mandat met fin aux pouvoirs du mandataire ..."⁵³

3.3.3.2.2. Ausnahmsweise Unwiderruflichkeit

Die Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion ist aber von der Mehrheit der Lehre anerkannt.⁵⁴

50 Ccf. 389 ff. zur "tutelle".

51 Mazeaud, Contrats, No. 1420 S. 694 bei N. 2; im gleichen Sinn Dalloz, Répertoire de Droit Civil (= Encyclopédie Juridique), 2. A. herausgegeben von Pierre Raynaud und Marguerite Vanel, Paris 1974, Bd. V, Abschnitt "Mandat", No. 371.

52 Mazeaud, Contrats, No. 1421 S. 694 bei N. 2.

53 Mazeaud, Contrats, No. 1421 S. 694 f. bei N. 4.

54 Vgl. insbesondere den Ueberblick bei Ferid § 20, E 352.

"Cette irrévocabilité du mandat n'assure pas seulement une indemnité au mandataire ou au tiers lésé par la révocation; elle aboutit, sauf convention contraire, à la prolongation du mandat, même contre le gré du mandant, en ce sens que les actes passés par le mandataire lui sont opposables en dépit de la révocation indue."⁵⁵

Die Unwiderruflichkeit kann infolge ausdrücklicher Vereinbarung oder aufgrund der Interessenlage eintreten.⁵⁶

Wenn die Unwiderruflichkeit ausdrücklich stipuliert ist, kommt es auf die Interessenlage nicht weiter an; wichtig ist nur, dass die Bevollmächtigung nicht aufgrund zu allgemeiner, unbestimmter Fassung gegen den ordre public verstösst.⁵⁷

Sallé de la Marnière ist zu Recht der Ansicht, dass schon aus der Unwiderruflichkeitsvereinbarung hervorgeht, dass die Vertretung im Interesse des Vertreters liegt und die Bevollmächtigung somit Verfügungsfunktion hat.⁵⁸

Besteht keine ausdrückliche Unwiderruflichkeitsvereinbarung, so ist nach konstanter Rechtsprechung die Unwiderruflichkeit anerkannt, wenn die Vertretung "dans l'avantage du mandataire ou d'un tiers" liege,⁵⁹ wobei das Interesse an einer Kommission oder an sonstiger Bezahlung nicht genügt.⁶⁰

⁵⁵ Planiol/Ripert/Savatier No. 1492 S. 938 bei N. 3. f. mit Nachweisen der Rechtsprechung in N. 4. Der älteste Fall datiert von 1873 (Civ. 6 janvier 1873). Gl. M. Sallé de la Marnière S. 275; Dikoff S. 37 f.; Popesco-Ramniceano S. 292.

⁵⁶ Planiol/Ripert/Savatier No. 1492 S. 936 ff.; Colin/Capitant/Julliot No. 1369 S. 875; Planiol/Ripert/Boulanger No. 3049 S. 920, alle mit Verweisungen auf die Praxis.

⁵⁷ In diesem Sinn Planiol/Ripert/Savatier a.a.O. am Anfang; Sallé de la Marnière S. 261 f.; Dikoff S. 53-56.

⁵⁸ Sallé de la Marnière a.a.O.

⁵⁹ Planiol/Ripert/Savatier a.a.O. bei N. 6 mit umfangreichem Nachweis der Praxis seit 1873.

⁶⁰ Derselbe a.a.O. N. 8. Dass dies in nahezu allen Rechtsordnungen betont wird, ist eigentlich überflüssig: Hier liegt ja nicht die Vertretung an sich, als Möglichkeit des Vertreters, durch sein Verhalten Rechtsfolgen für den Prinzipal zu bewirken, im Interesse des Vertreters, sondern nur die Abrede der Kommissionszahlung. Der Vertreter hat im übrigen weiterhin die Interessen des Prinzipals zu wahren.

Sallé de la Marnière nennt folgende Fälle, da die Bevollmächtigung "irrévocable par nature" sei:⁶¹

- Zuerst wurde die Unwiderruflichkeit von den Gerichten anerkannt, wenn sie von den Parteien zur Voraussetzung eines Vertrags gemacht wurde, d.h. wenn im Sinne der angelsächsischen Terminologie die Bevollmächtigung "as part of a contract"⁶² vorgenommen wurde.

Diese Praxis nahm schon 1827 mit einem Entscheid des Appellationsgerichts von Bordeaux ihren Anfang.⁶³

- Dann ging die Rechtsprechung dazu über, das Mandat "conclu dans l'intérêt du mandataire" schlechthin für unwiderruflich zu erklären.⁶⁴ Gemeint ist damit ein echtes Interesse des Vertreters an der Vertretung - d.h. Vertretung in Gestaltungsfunktion -, nicht nur ein blosses Interesse an einer im Grundverhältnis vereinbarten Entlohnung.⁶⁵

Damit ist die Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion generell unwiderruflich.

Aus Beweisgründen neigt die Lehre dazu, dies auf die Verfügung causa solvendi zu beschränken: "La représentation ne peut bénéficier a priori à un autre qu'au mandant que si elle a pour effet de faciliter l'exécution d'une obligation existant à sa charge. En l'absence d'une telle obligation, comment en effet serait-il possible de faire la preuve de l'intérêt du mandataire ou du tiers?"⁶⁶

61 Sallé de la Marnière S. 253 ff.

62 Mechem § 577.

63 Bordeaux, 2 juin 1827, D. Jur. gén., Mandat, No. 425; bestätigt Bordeaux 13 février 1832, D. Jur. gén., Mandat, No. 426.; beide zit. nach Sallé de la Marnière S. 253 N.1 f.

64 Bordeaux, 27 avril 1885, D. 86. 2. 263, zit. nach Sallé de la Marnière S. 254 N. 2. Weitere Nachweise der Rechtsprechung in diesem Sinne a.a.O. N. 2-4 und bei Planiol/Ripert/Savatier No. 1492 S. 936 N. 5.

65 Sallé de la Marnière S. 256 f.

66 Sallé de la Marnière S. 257; im Ergebnis gleich Planiol/Ripert/Savatier No. 1492 S. 937 f.; weitere Nachweise bei Sallé de la Marnière S. 260 N. 1.

Mit anderen Worten: Die Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion ist unwiderruflich; dass Verfügungsfunktion vorliege, kann nur bewiesen werden, wenn entweder eine entsprechende Willensäusserung der Parteien oder aber eine zu sichernde Obligation vorliegt.

Ob diese Alternative in ihrer Ausschliesslichkeit zutrifft, scheint mir allerdings zweifelhaft; ausnahmsweise könnte z.B. auch eine *causa donandi* oder *credendi* aus den Umständen zu beweisen sein.

Um das Ergebnis der Lehre und Rechtsprechung in Einklang mit ccf. 2004 zu bringen, schlägt Dikoff folgenden Ausweg vor:⁶⁷ Dieser Artikel bezieht sich nur auf das Mandat im Interesse des Mandanten und auf die damit zusammenhängende Bevollmächtigung. Die Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion wird von diesem Artikel gar nicht erfasst; es liegt eine echte Gesetzeslücke vor.

Diese Argumentation ist festzuhalten, könnte sie sich doch auch zur Auslegung von OR 34 als nützlich erweisen.

3.3.3.2.3. Umfang und verdrängende Wirkung der Bevollmächtigung

Die unwiderrufliche Bevollmächtigung ist grundsätzlich im selben Umfang zulässig wie alle anderen Verfügungen auch: Sie darf nicht dem *ordre public* widerstreiten und muss daher primär sachlich, unter Umständen auch zeitlich begrenzt sein.⁶⁸ Eine zeitliche Begrenzung ist insbesondere dann notwendig, wenn das Grundverhältnis ein Dauerschuldverhältnis ist.⁶⁹ In gewissem Umfang ist zudem von der Praxis anerkannt, dass mit der unwiderruflichen Bevollmächtigung auch eine Unzuständigkeit des Prinzipals einhergeht, die betreffenden Rechtsfolgen

⁶⁷ Dikoff S. 52.

⁶⁸ Planiol/Ripert/Savatier No. 1492 S. 936 bei N. 3; Sallé de la Marnière S. 262-266; Dikoff S. 56 f.

⁶⁹ Sallé de la Marnière S. 265 f.

selbst herbeizuführen, die der Vertreter durch sein Verhalten bewirken kann.

Insbesondere besteht diese verdrängende Wirkung der unwider-
ruflichen Bevollmächtigung, wenn der Prinzipal in Konkurs
fällt. "... il a été jugé que le mandat donné a un tiers,
notamment à un notaire, de recevoir le prix de vente d'un
fonds de commerce pour le distribuer entre les créanciers
inscrits, ou de recevoir le montant d'un prêt pour rembourser
des créanciers préférables, subsistait."⁷⁰ Nach Sallé de la
Marnière gilt dies allerdings nur, wenn der gute Glaube Drit-
ter ausgeschlossen ist, indem entweder der konkursite Prinzi-
pal den Besitz der betreffenden Gegenstände aufgegeben hat,
oder die Bevollmächtigung veröffentlicht worden ist.⁷¹

Dieselbe Regel gilt aber auch ausserhalb des Konkurses. Zwar
gilt: "La jurisprudence reconnaît que le mandant s'est obligé
à ne pas disposer de l'objet du mandat. Mais elle n'admet pas
que le contrat qu'il conclut en violation de son obligation
soit nul."⁷²

Jedoch kennt das französische Recht die Drittwirkung obliga-
torischer Verträge in dem Sinne, dass "le tiers de mauvaise
foi ne pourra méconnaître l'obligation pour le mandant de ne
pas disposer de sa chose."⁷³

Diese "obligation de ne pas disposer" besteht, weil auch "in-
consistent conduct" als Widerruf gilt; wer sich verpflichtet,
die Bevollmächtigung nicht zu widerrufen, ist damit auch ver-

70 Sallé de la Marnière S. 270 f. mit Verweisungen auf die
Praxis:
- für das erste Beispiel u.a. Cass., 31 juillet 1852, D.
72.1.300;
- für das zweite Beispiel Amiens, 28 janvier 1892, D. 93.
2.158.

71 Sallé de la Marnière S. 272 f.

72 Sallé de la Marnière S. 275 bei N. 2.

73 Sallé de la Marnière S. 277 f. mit Verweisung auf Pierre
Huguenev, La responsabilité du complice de la violation
d'une obligation contractuelle, Diss. Dijon 1910; vgl. ins-
besondere auch Müller-Freienfels S. 146 f. mit Nachweisen.

pflichtet, sie durch sein tatsächliches Handeln nicht illusorisch zu machen.⁷⁴

Somit ist im französischen - wie im angelsächsischen - Recht die verdrängende Wirkung der unwiderruflichen Bevollmächtigung anerkannt, aber nur vorbehältlich des Schutzes gutgläubiger Dritter.

"Le mandant qui a donné mandat irrévocable de vendre n'en conserve pas moins son droit de propriété et s'il vend à un acquéreur de bonne foi, celui-ci ayant transcrit est propriétaire."⁷⁵

Zur Illustration der heutigen Praxis dient der folgende Entscheid der Cour de Cassation:⁷⁶

Oggero und Levy hatten am 23.6.1960 schriftlich "des modalités de règlement d'affaires traitées en commun" vereinbart. Am 1.11. desselben Jahres kamen sie überein, sich am 4.11. bei dem Notar P. zu treffen, und zwar, wie sie wörtlich erklärten, "en vue du transfert à Oggero de biens et valeurs et du tranfert à Levy de parts sociales ...". Am abgemachten Datum beurkundete der Notar zwei Vollmachten, die eine von Oggero an Levy, die andere von Levy an Oggero.

Beide wurden in ihrem Wortlaut als unwiderruflich bezeichnet. Am 15.4.1961 schrieb Levy an Oggero, dass er seine Bevollmächtigung widerrufe und über die Güter verfügt habe, die Oggero als sein Vertreter im eigenen Interesse hätte verkaufen dürfen. Der Kaufvertrag zwischen Levy und dem Drittkäufer wurde ebenfalls von P. aufgesetzt.

Oggero klagte gegen P. auf Schadenersatz.

Die Cour de Cassation zog die Gültigkeit der unwiderruflichen Bevollmächtigung nicht in Zweifel und ging sofort zur Frage

74 Jean-Luc Aubert, Recueil Dalloz/Sirey 1971 Bd. 1, Jurisprudence, Note zum Entscheid S. 261-263.

75 Cass. civ. 4 juin 1913, S. 1914 I 179, zit. nach Müller-Freienfels S. 147 N. 182 f. Gegen die verdrängende Wirkung aber Dikoff S. 57-60.

76 Entscheid vom 16.6.1970, Recueil Dalloz/Sirey a.a.O.

nach einer allfälligen verdrängenden Wirkung über.

Sie verneinte die Haftbarkeit des Notars P. mit folgender Begründung:

- Oggero habe keinen Schaden erlitten;
- Levy sei trotz der unwiderruflichen Bevollmächtigung Eigentümer geblieben und als solcher weiterhin zur Veräußerung der betreffenden Güter befugt; "le notaire n'avait pas commis de faute en dressant un acte que Levy avait le droit de faire ...".

Diese zweite Begründung ist auf Kritik gestossen.⁷⁷

Die Kritik umfasst im wesentlichen folgende Punkte:

- Wer einen Vertreter unwiderruflich zu bestimmten Verfügungen bevollmächtigt, kann diese Verfügungen nur gegenüber gutgläubigen Dritten weiterhin selbst gültig vornehmen. Andernfalls gilt: "... l'adage *Fraus omnia corrumpit*"⁷⁸ pourrait s'appliquer et emporter la nullité de l'acte."
 - Auch wenn die Einschränkung der Verfügungsmacht gegenüber gutgläubigen Dritten wirkungslos ist, so ist doch die Verfügungsbefugnis, das "Dürfen" des Eigentümers, nach der unwiderruflichen Bevollmächtigung nicht mehr vorhanden. Der Eigentümer hat sich verpflichtet, die Bevollmächtigung nicht zu widerrufen, auch nicht durch "inconsistent conduct"; verkauft er nun die betreffenden Güter, so ist dies kein "acte que Levy avait le droit de faire".
 - Die Verneinung der Haftbarkeit des Notars P. kann sich daher nur darauf stützen, dass kein Schaden eingetreten ist.
- Diese Kritik ist überzeugend.

77 Jean-Luc Aubert a.a.O.

78 Im Original kursiv.

3.3.3.2.4. Zusammenfassung

In Frankreich ist - nach herrschender, aber nicht unbestrittener Lehre - die Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion unwiderruflich und, vorbehältlich gutgläubigen Dritterwerbs, auch verdrängend.

Ausserhalb der Rechtsgeschäfte ist die Möglichkeit zur unwiderruflichen Bevollmächtigung unangefochten. Insbesondere kann jede Obligation von einer Bedingung abhängig gemacht werden,⁷⁹ d.h. auch von einem Verhalten des Vertreters.

Sonderfälle der so bedingten Obligationen sind die "contrats aléatoires", zu denen u.a. der Versicherungsvertrag gehört.⁸⁰

Ebenso ist die Bürgschaft als normaler Vertrag nicht einseitig widerruflich. Sofern der Bürge nicht auf das "bénéfice de discussion" verzichtet oder sich solidarisch verbürgt hat,⁸¹ ist er nur verpflichtet "à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même"⁸² und wird daher durch das Nichtleisten des Schuldners in seiner Rechtsstellung betroffen.

79 Cef. 1168 ff.

80 Cef. 1964.

81 Cef. 2021.

82 Cef. 2011.

3.3.4. Deutscher Rechtskreis

3.3.4.1. Deutsches Recht

3.3.4.1.1. Allgemeines

Wohl nirgends hat die Lehre eine derart einflussreiche Stellung wie in Deutschland. Die angesehenen Kommentare und Lehrbücher besitzen traditionsgemäß hohe Autorität und werden in der Rechtsprechung seit jeher viel zitiert.

Dies mag zum Teil davon herrühren, dass der ganze Stoff des gemeinen Rechts hauptsächlich von Universitätsgelehrten aus dem römischen Recht heraus entwickelt wurde und als Pandektenrecht auch dem BGB zugrundeliegt, zum Teil vielleicht auch von der traditionell starken Vertretung der Juristen in der Legislative - man denke z.B. an das erste gesamtdeutsche Parlament von 1848. Jedenfalls bedeutet dies für die vorliegende Untersuchung, dass vornehmlich die Grundzüge der verschiedenen Lehrmeinungen darzustellen sind.

Eine unwiderrufliche Bevollmächtigung im Interesse des Prinzipals, zu seinem Schutz vor sich selbst, ist meines Wissens im deutschen Recht nicht anzutreffen. Somit bleibt nur noch die unwiderrufliche Bevollmächtigung in Gestaltungsfunktion übrig.¹

Die namhaftesten Autoren folgen heute - in mehr oder weniger ausgeprägtem Masse - der Theorie Labands, dass die Bevollmächtigung nicht nur begrifflich, sondern auch materiell vom Grundverhältnis unabhängig, d.h. abstrakt sei.²

Ebenso gilt das Interesse eines der Beteiligten nach BGB 164 ff. nicht als Begriffsmerkmal der Vertretung und wird auch von

1 S.o. S. 118 N. 9.

2 S.o. S. 66 f. N. 47 und insbesondere Laband S. 204-209.

der wohl herrschenden Lehre nicht als solches aufgefasst. Die Konsequenz aus alledem ist selbstverständlich: Die Vertretung im Sinne von BGB 164 ff. umfasst als Generalklausel auch die Vertretung im Interesse des Vertreters. Damit steht einer Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung im Sinne dieser Paragraphen rein logisch nichts entgegen. BGB 168 bestimmt denn auch: "Das Erlöschen der Vollmacht bestimmt sich nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse. Die Vollmacht ist auch bei dem Fortbestehen des Rechtsverhältnisses widerruflich, s o f e r n s i c h n i c h t a u s d i e s e m e i n a n d e r e s e r g i b t . . ."⁴

3.3.4.1.2. Begründung der unwiderruflichen Vollmacht

"Die Unwiderruflichkeit braucht nicht ausdrücklich erklärt werden. Die 'erfüllungshalber' oder 'sicherungshalber' erteilte Vollmacht ist in der Regel unwiderruflich, weil sich dies aus dem der Vollmachtserteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis ergibt. Allerdings kann die Vollmacht auch in einem solchen Falle widerruflich erteilt werden."⁵

-
- 3 Flume § 43 I; § 53 I bei N. 7 f.: "Die Rechtsfigur der Vollmacht kann ... auch zur Verwirklichung von Interessen des Bevollmächtigten verwandt werden. Es ist eine Frage des positiven Rechts, ob die Vollmacht mit diesem Inhalt rechtlich anerkannt wird." Vgl. auch: Thiele vor § 164 N. 1 f., § 168 N. 35 ff.; ebenso Soergel/Schultze-von Lasaulx vor § 164 N. 18: "Fremdinteressenvertretung des Vertretenen ist n i c h t Begriffsmerkmal der Stellvertretung." Ähnlich Larenz S. 508 f.; Enneccerus/Nipperdey § 178 II 2 bei N. 15; Leonhard S. 6-8; von Tuhr § 84 I nach N. 19; Hupka S. 53 f.
- 4 Hervorhebung vom Verfasser.
- 5 Flume § 53 5 Absatz 2; gl. M. die h.L.: Soergel/Schultze-von Lasaulx § 168 N. 24; sehr entschieden Staudinger/Coing § 168 N. 12a; Oertmann § 168 N. 3c; ebenso schon Jhering (1858) S. 132. Gl.M. auch der BGH in der Zeitschrift: Wertpapier-Mitteilungen, Teil IV B Wertpapier- und Bankfragen, Rechtsprechung, Frankfurt a.M. 1965, S. 107 und 1006, zit. nach Soergel/Schultze-von Lasaulx § 168 N. 24. ./.

Ein Teil der Lehre ist allerdings der Ansicht, dass eine - allenfalls "stillschweigende" - Willensäußerung der Parteien unumgänglich sei, und dass nicht schon kraft objektiven Rechts allein aus Interessenlage und Funktion die Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung eintrete.⁶

Der Unterschied dieser beiden Ansichten ist praktisch sehr gering. Immer dann, wenn aus den Umständen und der Interessenlage eine verfügungsähnliche Funktion der Bevollmächtigung hervorgeht, lässt sich aus dem entsprechenden Verhalten der Parteien eine stillschweigende Willensäußerung herauslesen.⁷

Umgekehrt ist die Willensäußerung der Parteien, die Bevollmächtigung solle unwiderruflich sein, ein Indiz für die verfügungsähnliche Funktion der Bevollmächtigung.

Auch die Autoren, die von der Massgeblichkeit des Parteiwillens ausgehen, anerkennen die zusätzliche Notwendigkeit der Verfügungsfunktion der Bevollmächtigung im Interesse des Vertreters: "Durch solche Interesselagen wird die Unwiderruflichkeit ermöglicht; sie beruht aber stets auf dem Willen des Vollmachtgebers."⁸

Als Synthese beider Ansichten sei folgende Formulierung vorgeschlagen: Eine Willensäußerung der Parteien ist immer dann notwendig, wenn die Verfügungsfunktion der Bevollmächtigung - bzw. der entsprechende "stillschweigende Wille" - aus den sonstigen Umständen nicht klar hervorgeht.

Ob diese ausdrückliche Willensäußerung ein Vertrag sein müsse, oder ob eine einseitige Erklärung des Prinzipals genüge, ist streitig.

Weitere Hinweise, auch auf die ältere Praxis des Reichsgerichts, bei Vogt S. 96 f. N. 150.

6 Thiele § 168 N. 38; Enneccerus/Nipperdey § 186 IV 2b; von Tuhr § 85 VII bei N. 213; derselbe (Festschrift) S. 65 bei N. 1 f.; siehe die weiteren Nachweise bei Vogt S. 97 N. 151.

7 Gl. M. Vogt S. 46 f. mit Nachweis der übereinstimmenden Praxis des Reichsgerichts.

8 Von Tuhr § 85 VII bei N. 213; ebenso auch Thiele § 168 N. 35-37; Enneccerus/Nipperdey § 186 IV 2c.

Nach der h.L. ist der zitierte § 168 BGB so zu verstehen, dass die Unwiderruflichkeit vertraglich begründet werden muss; ein einseitiger Widerrufsverzicht genügt nicht.⁹

Der soeben zitierte Fall RGZ 109, 331 ff. ist geeignet, die deutsche Praxis zur unwiderruflichen Bevollmächtigung allgemein zu veranschaulichen.

Vorauszuschicken ist, dass nach deutschem Recht die Uebertragung eines Grundstückes eine sogenannte "Auflassung" erfordert: "Die zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück nach § 873 erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (Auflassung) muss bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle erklärt werden."¹⁰ Die Auflassung kann auch durch Vertreter vorgenommen werden. Sehr häufig bevollmächtigt der Verkäufer den Käufer, an seiner Stelle die Auflassung vorzunehmen, so dass das unbequeme Erfordernis gleichzeitiger Anwesenheit beider Kontrahenten "vor einer zuständigen Stelle" umgangen werden kann.

Aehnlich lag der Sachverhalt im vorliegenden Fall.

Er war allerdings noch dadurch kompliziert, dass der zugrundeliegende Kaufvertrag "zwar wegen Mangels der in § 313 Satz 1 BGB vorgeschriebenen Form nichtig gewesen sei, aber zufolge Satz 2 dieser Vorschrift durch Auflassung des verkauften Grundstückes an die Beklagten und Eintragung der letzteren als Eigentümer in das Grundbuch Gültigkeit erlangt habe."¹¹ Der Verkäufer klagte nun gegen den Käufer auf Herausgabe des Grundstückes und machte geltend, da er die Auflassungsvoll-

9 Soergel/Schultze-von Lasaulx § 168 N. 23; Staudinger/Coing § 168 N. 12a; Oertmann § 168 N. 3c; Planck § 168 N. 2c; ebenso auch die Praxis: Leitfall ist der Reichsgerichtsentscheid vom 13.12.1924, RGZ 109, 331 ff. A.M. aber sehr gewichtige Stimmen: Flume § 53 5 bei N. 28 f. Thiele § 168 N. 33; Enneccerus/Nipperdey § 186 IV 2 N. 15; von Tuhr § 85 VII bei N. 215 f.; derselbe (Festschrift) S. 56 bei N. 2 f.

10 BGB 925.

11 Dieses Zitat ist wie die folgenden dem zit. Entscheid entnommen.

macht rechtzeitig widerrufen habe, seien Auflassung, Grundbucheintrag und damit auch die Heilung des nichtigen Kaufvertrags "unwirksam".

Streitig war hauptsächlich, ob die Auflassungsvollmacht überhaupt widerruflich gewesen sei.

Das Reichsgericht bejahte die Widerruflichkeit mit folgender Begründung:

Zunächst erklärte es eine vertragliche Begründung der unwiderruflichen Bevollmächtigung als notwendig. Diese liege nicht vor. "Dass die Erteilung dieser Vollmacht zur Ausführung des Kaufvertrags erfolgte, ist ohne Belang. Denn daraus folgt nicht, dass sie vereinbarungsgemäss als unwiderrufliche Vollmacht erteilt werden sollte. Zudem war der Kaufvertrag um deswillen nicht geeignet, den Widerruf auszuschliessen, weil er jedenfalls zu der Zeit, als der Widerruf ... erfolgt sein soll, noch ungültig war."

Aus dieser Argumentation ist u.a. ersichtlich, dass die Kontroverse über die Gültigkeit einseitigen Widerrufsverzichts von geringer Bedeutung ist: Auch dieser Leitfall hätte so oder so gleich entschieden werden müssen. Da nämlich zur Zeit der Bevollmächtigung der Kaufvertrag nichtig war, fehlte es ohnehin an einem Rechtsverhältnis, das nach BGB 168 II der unwiderruflichen Vollmacht zugrundeliegen muss.¹²

In verschiedenen Fällen war streitig, ob eine bestimmte Bevollmächtigung Verfügungsfunktion habe. Als Beispiele für die oft subtilen Abgrenzungen dienen die folgenden Gerichtsurteile.

Sehr interessant ist der Entscheid des BGH vom 13.11.1964.¹³ Zum besseren Verständnis ist die folgende Passage aus der Urteilsbegründung vorzuschicken: "Gemäss § 313 Satz 1 BGB bedarf ein Vertrag, durch den sich ein Teil verpflichtet, das

12 Zur Kausalität der unwiderruflichen Bevollmächtigung s.u.S. 202-204.

13 Abgedruckt in: Deutsche Notar-Zeitschrift, München/Berlin 1965, S. 549 ff.

Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. ... Wie der Senat (...) ausgeführt hat, wurde die Vollmacht zur Veräußerung eines Grundstücks durch die Rechtsprechung dann dem Formzwang der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung aus § 313 BGB unterworfen, wenn die Vollmacht ... bereits eine rechtliche oder tatsächliche Bindung des Vollmachtgebers zur Veräußerung enthielt. Dabei besteht Einigkeit darüber, dass bei unwiderruflicher Vollmacht diese Bindung zu bejahen ist."

Im vorliegenden Fall hatte die Verkäuferin drei Beamte der Stadt F. bevollmächtigt, in ihrem Namen mit der Stadt F. einen Kaufvertrag über ein bestimmtes Grundstück zu schliessen und sämtliche Formalakte zur Uebereignung des Grundstücks vorzunehmen. Diese Bevollmächtigung ermangelte der Form nach BGB 313.

Nachdem der Kauf abgewickelt und die Stadt F. als neue Eigentümerin im Grundbuch eingetragen war, klagte die Verkäuferin gegen die Stadt F. und behauptete, Kaufvertrag und Verfügungsgeschäft seien formnichtig.

X war bevollmächtigter Grundstücksverwalter der Klägerin.

Der BGH argumentierte wie folgt:

"Eine ausdrückliche Bestimmung über die Unwiderruflichkeit der Vollmacht ist zwischen der Klägerin und der Beklagten oder ihrem Beamten nicht getroffen worden. Eine stillschweigende Vereinbarung nach dieser Richtung ist zwar möglich, aber nicht festzustellen. Die Unwiderruflichkeit kann sich zwar daraus ergeben, dass die Vollmacht auch im Interesse des Vollmachtsempfängers errichtet ist (...), und dem steht die Erteilung an Bedienstete ... gleich Nun bot im vorliegenden Fall die Vollmacht in der Tat Vorteile für die Beklagte, die nach ihrer Aushändigung, ohne noch auf irgendwelche Handlungen der Klägerin warten zu müssen, den Erwerb des von ihr begehrten Grundstücks durchführen konnte. Allein ist der Gedanke, die Stadt habe sich durch die Erteilung der Vollmacht an einen

ihrer Beamten gegen einen Sinneswandel der Klägerin hinsichtlich des Verkauf ihres Grundstücks sichern wollen, dem unstreitigen Gang der Verhandlungen nicht zu entnehmen.

Die Stadt hatte mit Schreiben v. 19.1.1959 dem Grundstücksverwalter zunächst den Kaufvertragsentwurf zugesandt und ihn gebeten, einen Termin anzugeben, der ihm für die Beurkundung genehm sei. Erst als X erklärte, es sei ihm nicht möglich, von seinem Aufenthaltsort K. zur Beurkundung nach F. zu kommen und die notarielle Beurkundung seiner Annahmeerklärung in K. vorschlug, machte die Stadt den Gegenvorschlag der Ausstellung einer Vollmacht auf einen Beamten der Stadt, und zwar "der Einfachheit halber" durch die Klägerin selbst. Bei einer Durchführung der Beurkundung in der von der Stadt ursprünglich vorgeschlagenen Weise hätte X als Bevollmächtigter noch bis zur Beurkundung den Kauf verhindern können und es besteht keinerlei Anhalt dafür, dass die Beklagte mit dem Vorschlag, den Vertrag durch einen ihrer Beamten als Vertreter beider Vertragsparteien abzuschliessen, einen Schutz gegen einen Sinneswandel der Klägerin, für den nichts sprach, hätte erreichen wollen, geschweige denn, dass sie dies den anderen Vertragspartei hätte erkennen lassen. Die Aenderung der Art und Weise des Vertragsschlusses hatte nur rechtstechnische Bedeutung. War dem so, so konnte die Beklagte nicht erwarten, dass die Klägerin durch Unwiderruflichkeit der erteilten Vollmacht sich schlechter stellen würde, als sie bei einem Abschluss in eigener Person oder etwa durch X gestanden hätte. Es lässt sich daher ein (stillschweigender) Ausschluss des Widerrufsrechts im Wege der Vereinbarung oder, wenn dies für ausreichend erachtet werden sollte, durch stillschweigenden einseitigen Verzicht nicht feststellen, um so weniger, als das Gesetz in § 168 BGB die Widerruflichkeit eher begünstigt."

Der BGH hat also die Verfügungsfunktion der Bevollmächtigung hier gänzlich verneint. Das Rechtsgeschäft der Bevollmächtigung dient nach seiner Ansicht nur dem sozialen Zweck einer

Vereinfachung der rechtlichen Vertragsabwicklung für die Verkäuferin und hatte somit nur organisatorische Funktion. Diese Auffassung scheint mir zumindest fragwürdig. Es lässt sich nicht hinwegdisputieren, dass die Stadt F. als Folge der Bevollmächtigung faktische Herrin über das Grundstück war und nach ihrem Belieben darüber verfügen konnte. Der BGH selbst betont, dass mit einem Sinneswandel der Verkäuferin und mit einem Widerruf der Bevollmächtigung von vornherein nicht zu rechnen war.

Die Bevollmächtigung hatte somit - mindestens unter anderem - Verfügungsfunktion. Dass die Vornahme dieser Verfügung auch im Interesse der Verkäuferin lag, ändert daran nichts: Auch bei allen entgeltlichen Verfügungen hat der Verfügende ein Interesse an der Verfügung, ohne dass deswegen deren Rechtsnatur geändert wird. Im vorliegenden Fall wurde durch die Bevollmächtigung das Ergebnis der Verfügung wirtschaftlich vorweggenommen.

Auch wenn man sich die etwas gezwungene Ansicht zu eigen macht, die städtischen Beamten hätten gleichzeitig als organisatorische Vertreter im Interesse der Verkäuferin gehandelt, kommt man zu keinem anderen Ergebnis: Warum soll eine Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion ausnahmsweise widerruflich sein, wenn nicht nur der Vertreter, sondern auch der Vertretene daran interessiert ist? Warum soll ein Vertreter weniger Schutz verdienen, wenn er neben seinen eigenen Interessen auch noch diejenigen des Prinzipals wahrnimmt?

In seinem Urteil vom 13.5.1971¹⁴ entschied der BGH in einem ähnlichen Fall im Ergebnis gleich, aber mit einer anderen und m.E. stichhaltigeren Begründung.

Ein Mitglied einer Erbengemeinschaft hatte einen Vertreter bevollmächtigt, die Auseinandersetzung um die Erbteilung an sei-

14 Zusammengefasst wiedergegeben in: Juristische Schulung, Jahrgang 12, München/Frankfurt a.M. 1972, S. 48 f.
Ebenfalls in: Wertpapier-Mitteilungen (s.o. N.5) 1971, S.956.

ner statt zu führen und den Erbanteil des Prinzipals gegen im einzelnen genannte Gegenleistungen selbst zu behalten. Die Bevollmächtigung wurde ausdrücklich als unwiderruflich bezeichnet.

Der BGH erklärte unter Berufung auf die herrschende Lehre,¹⁵ allein die Funktion der Bevollmächtigung als Verfügung oder als organisatorisches Hilfsmittel entscheide über ihre Widerruflichkeit, auf den Parteiwillen komme es nicht an.

Die Verfügungsfunktion sei hier nicht gegeben:

"Der Zweck des Vertrags sei gewesen, der Kl. bei der Wahrnehmung ihrer Interessen als Miterbin zu helfen. Die Klausel über die Möglichkeit des Erwerbs des Erbanteils durch den Bekl. selbst habe lediglich gewährleisten wollen, dass der Bekl. nicht gem. § 181 BGB¹⁶ als potentieller Erwerber auschied. Insbesondere liefere sie keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Kl. sich dem Bekl. gegenüber schadensersatzpflichtig gemacht hätte, falls sie dem bevollmächtigten Bekl. zugekommen wäre und den Erbanteil selbst anderweitig veräußert hätte."

Diese Begründung ist m.E. zutreffend. Zu Recht beruft sich der BGH nicht nur darauf, dass auch organisatorische Funktion der Vertretung und der Bevollmächtigung vorliege; insofern wurde also die Praxis korrigiert. Stattdessen wird die Verfügungsfunktion sinngemäss als simuliert bezeichnet.¹⁷ Ein simuliertes Rechtsgeschäft ist aber nach BGB 117 nichtig. Die Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion ist somit wirkungslos.

Wirklicher Zweck der Bevollmächtigung war einzig die Wahrung der Interessen der Klägerin. Es lag somit organisatorische

15 S.o. N. 5.

16 Dispositives Verbot des Selbstkontrahierens.

17 Inwiefern dies im konkreten Fall gerechtfertigt war und ob nicht vielmehr ein fiduziarisches Geschäft vorlag, kann hier nicht untersucht werden.

Vgl. zur Abgrenzung insbesondere Larenz § 20 I c S. 320 ff.

Funktion der Vertretung vor, und die Bevollmächtigung wurde zu Recht als widerruflich erklärt.

3.3.4.1.3. Einschränkung der Funktion

Wenn die Unwiderruflichkeit von keinen weiteren Voraussetzungen abhinge, so wäre damit die Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion grundsätzlich immer dann unwiderruflich, wenn die Parteien nicht anderes bestimmen.¹⁸

Dies ist aber nicht uneingeschränkt der Fall; nicht alle Verfügungen können durch unwiderrufliche Bevollmächtigung vorgenommen werden.

Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, stimmen die Fälle, da im deutschen Recht die Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung anerkannt ist, weitgehend mit den Fällen der "power given as security"¹⁹ bzw. "power coupled with an interest"²⁰ im Common law überein.

Von Tuhr unterscheidet folgende Fälle:²¹

- Die Bevollmächtigung "zahlungshalber" dient als Erfüllung oder Erfüllungssurrogat. Sie hat die Funktion einer Verfügung causa solvendi und ist unwiderruflich.
- Mit der Bevollmächtigung "deckungshalber" ermächtigt der Prinzipal P seinen Vertreter V, über eine Sache des P zu verfügen, die V in eigenem Namen, aber im Interesse des P verkauft hat. "Der Auftraggeber ist verpflichtet, dem Beauftragten die Erfüllung der übernommenen Verpflichtungen zu ermöglichen ..."²² Rechtsgrund der Bevollmächtigung ist deshalb, wie Vogt²³ zu Recht feststellt, die causa solvendi: Die Bevollmächtigung geschieht, um die genannte Pflicht des Auftraggebers zu erfüllen.

18 Vgl. o. S. 144, 3.3.2.1.4. am Anfang.

19 So das amerikanische Recht; s.o. S. 144-152.

20 So das englische Recht; s.o. S. 160-162.

21 Von Tuhr (Festschrift) S. 52-54.

22 Von Tuhr (Festschrift) S. 53 nach N. 3.

23 Vogt S. 37 bei N. 101.

- "Ein weiteres Rechtsverhältnis, welches Grundlage einer unwiderruflichen Vollmacht sein kann, liegt vor, wenn A dem B erlaubt, über Rechte des A zu verfügen, um den Erlös als Valuta eines von A gewährten Darlehens zu behalten."²⁴

Hier ist der Rechtsgrund die causa credendi; allenfalls liegt gleichzeitig auch die Erfüllung eines pactum de mutuo dando vor.

- Die causa donandi ist hingegen kein Rechtsgrund, der Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung begründen kann. Vielmehr ist zusätzlich ein formgültiges Schenkungsversprechen notwendig, zu dessen Erfüllung der Beschenkte unwiderruflich bevollmächtigt werden kann.

Ebenfalls ausreichend ist, wenn die Formvorschrift für das Schenkungsversprechen bei der Bevollmächtigung selbst eingehalten wird.²⁵

Die Parallele dieser vier Beispiele zum Common law ist auffällig.

Die grundsätzliche Beschränkung der Unwiderruflichkeit auf die Verfügungen causa solvendi und causa credendi entspricht dem Erfordernis genügender "consideration". Eine Bevollmächtigung im Interesse des Vertreters, die ohne consideration erteilt wird, ist nur unwiderruflich, wenn sie einer bestimmten Formvorschrift genüge tut, und zwar einer Formvorschrift, die auch für die Gültigkeit eines Schenkungsversprechens notwendig ist.²⁶

Im Unterschied zum amerikanischen Recht, aber in Uebereinstimmung mit dem Recht des englischen Mutterlandes wird in Deutschland die unwiderrufliche Bevollmächtigung abweichend von "normalen" Verfügungen behandelt. So ist insbesondere die Zession

24 Von Tuhr (Festschrift) S. 54 bei N. 3.

25 Gl. M. Vogt S. 43 f. Diese Ansicht ist aber bestritten; so insbesondere von Oertmann § 168 N. 3c und Hupka S. 399; ebenso auch RGZ 52, 99, zit. nach Vogt S. 96 N. 138.

26 S.o. S. 146 f. und S. 164.
Vgl. auch Restatement (Contracts) § 110.

abstrakt,²⁷ d.h. unabhängig von ihrem Rechtsgrund gültig, während die unwiderrufliche Bevollmächtigung, die doch dieselbe Funktion erfüllen kann, je nach ihrem Rechtsgrund unterschiedlich behandelt wird. Eine Zession causa donandi ist nach BGB 398 formlos gültig; eine unwiderrufliche Bevollmächtigung müsste im selben Fall schriftlich erteilt werden. Die Lösung des Restatement ist, wie mir scheint, derjenigen des englischen und des deutschen Rechts vorzuziehen: Sowohl Zession wie procuratio in rem suam sind keine Versprechen, bergen aber beide die Gefahr, dass der Verfügende durch einen Federstrich eine Schenkung vornehmen kann, ohne dass er den Vermögensverlust unmittelbar zu spüren bekommt.²⁸ Es entspricht daher der Interessenlage m.E. am besten, wenn "gratuitous assignment" und unwiderrufliche Bevollmächtigung causa donandi gleich behandelt werden.

Bei der Seltenheit der causa donandi im Rechtsverkehr spielt dieser Unterschied aber eine geringe Rolle. So schreibt denn auch Vogt:²⁹ "In der Rechtsprechung sind Vollmachten dieser Zweckbestimmung bisher wenig in Erscheinung getreten."

Das Ergebnis grundsätzlicher Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion wird von der Lehre bis heute nahezu einhellig befürwortet.³⁰

27 Larenz, Schuldrecht, S. 452 f.; Palandt/Heinrichs vor § 104 3e cc; Esser/Schmidt § 55 I S. 401 f.

28 So die Argumentation von Tuhrs (Festschrift) S. 54.

29 Vogt S. 43 nach N. 137.

30 Thiele § 168 N. 35-37; Soergel/Schultze-von Lasaulx § 168 N. 22; zurückhaltend Larenz S. 544 f.; Palandt/Heinrichs § 168 N. 2; Staudinger/Coing § 168 N. 12a; Enneccerus/Nipperdey § 186 IV 2; Müller-Freienfels S. 109 ff., insbesondere S. 116-118; Rabel S. 800 f.; Oertmann § 168 N. 3c; Planck § 168 N. 2a; Hupka S. 399; vgl. die weiteren Nachweise von Lehre und Praxis bei Vogt S. 93 f. N. 92. Schlossmann fasste die Vertretung als Interessenvertretung des Prinzipals auf und lehnte daher die unwiderrufliche Bevollmächtigung ab (Schlossmann II § 79); die Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion sei nichts als eine dissimulierte Verfügung (Schlossmann a.a.O. S. 610 N. 1 f.; S. 613 f. N. 1). Flume beschränkt die Unwiderruflichkeit auf die causa solvendi (a.a.O. S. 241 f.).

Einige Präzisierungen zur causa solvendi bringt Vogt in seiner ausführlichen Dissertation:³¹

Die Bevollmächtigung causa solvendi kann unterschieden werden nach dem jeweiligen Zweck: Zahlung, Erfüllung oder Sicherung. Zahlungszweck bedeutet Funktion als Erfüllungssurrogat.³²

Erfüllungszweck liegt dann vor, wenn die Bevollmächtigung Inhalt einer Verpflichtung des Prinzipals ist.³³

Zu Sicherungszwecken ist die Vollmacht erteilt, wenn die Bevollmächtigung durch Ausbleiben der Leistung des Schuldners suspensiv bedingt wird: "Der Darlehensnehmer ermächtigt und bevollmächtigt den Darlehensgeber, über bestimmte Gegenstände zu verfügen, falls der Kredit am Fälligkeitstage nicht zurückgezahlt wird."³⁴ Als Unterfall der causa solvendi wird zu Recht auch die "Vollmacht des Pfandgläubigers zum Verkauf des Pfandes zwecks Befriedigung"³⁵ genannt.

Das der causa solvendi zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft kann auch ein Gesellschaftsvertrag sein; man mag hier von einer Bevollmächtigung zum Zwecke der Beteiligung sprechen.³⁶

Hier ist die Abgrenzung zur organisatorischen Bevollmächtigung zuweilen schwierig; sie fällt zusammen mit der Abgrenzung von Gesellschaftsvertrag und Geschäftsbesorgungsvertrag.

Enger werden die Voraussetzungen der Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung gefasst, wenn man der Ansicht Flumes folgt: "Für die Bestimmung der Voraussetzungen der unwiderruflichen Vollmacht ist vielmehr davon auszugehen, dass die unwiderrufliche Bevollmächtigung eine Erfüllungshandlung ist. Nur insoweit kann eine Vollmacht unwiderruflich erteilt werden, als der Bevollmächtigte oder ein Dritter, für welchen der Bevollmächtigte tätig wird, gegen den Vollmachtgeber einen Anspruch

31 Vogt S. 35-44.

32 Vogt S. 37-39.

33 Vogt S. 35-37.

34 Vogt S. 42 nach N. 128; vgl. auch Müller-Freienfels S. 117.

35 Vogt S. 38 bei N. 107 mit Verweisung auf RGZ 27, 37.

36 Vogt S. 39-42.

auf die Vornahme des Geschäfts hat, zu welchem ihn die Vollmacht ermächtigt."³⁷

Damit wird die Unwiderruflichkeit auf die Bevollmächtigung causa solvendi beschränkt. Da dies aber der weitaus häufigste Rechtsgrund aller Verfügungen ist,³⁸ ist diese Einschränkung wenig wichtig. Nichtsdestoweniger hat Flume mit seiner Ansicht in der Lehre entschiedenen Widerspruch gefunden.³⁹

Beachtenswert ist, dass sich diese Kontroverse genau um den Punkt dreht, in dem sich amerikanisches und englisches Recht nicht einig sind: Es geht letztlich um die ganz grundlegende Frage, wie sich das Recht zu nicht geschuldeten Verfügungen stellt. Soll sich jemand gültig eines Vermögensbestandteils entäussern können, ohne dazu verpflichtet zu sein oder eine Gegenleistung zu empfangen? Da diese Frage mit den Mitteln der Logik nicht zu beantworten ist, öffnet sich ein weites Feld für die verschiedensten Ansichten.

3.3.4.1.4. Widerruflichkeit aus wichtigen Gründen

Der BGH ist der Ansicht, dass auch die unwiderrufliche Bevollmächtigung "aus wichtigem Grunde" widerrufen werden könne.⁴⁰

Dies ist auch die Meinung der herrschenden Lehre.⁴¹

Die m.E. überzeugende Ansicht Thieles möge als Beispiel dienen:

"Auch die unwiderrufliche Vollmacht kann grundsätzlich aus

37 Flume § 53 3 bei N. 16.

38 S.o. S. 152 bei N. 42 und S. 200 bei N. 29.

39 Thiele § 168 N. 36; Soergel/Schultze-von Lasaulx § 168 N. 22; zweifelnd Larenz S. 544 f.

40 In der Zeitschrift: Wertpapier-Mitteilungen, Teil IV B, Wertpapier- und Bankfragen, Rechtsprechung, Frankfurt a.M. 1969, S. 1009, zit. nach Thiele § 168 N. 41 Anmerkung 72

41 Soergel/Schultze-von Lasaulx § 168 N. 22; Palandt/Heinrichs § 168 N. 2; Larenz S. 544 bei N. 5; Staudinger/Coing § 168 N. 12a; Enneccerus/Nipperdey § 186 IV 2c bei N. 19 mit weiteren Verweisungen; anders aber Flume § 53 4 bei N. 27; ausgleichend Thiele § 168 N. 41.

w i c h t i g e m G r u n d widerrufen werden. Es trifft jedoch nicht zu, dass der Ausschluss des Widerrufs stets nur die Beschränkung der freien Widerruflichkeit auf eine solche aus wichtigem Grund bedeute. Richtig ist das für Vollmachten, die auf gewisse Dauer erteilt sind und zur Vornahme einer unbestimmten Zahl von Geschäften berechtigen (...). Hier finden die Grundsätze über die Beendigung von Dauerrechtsverhältnissen bei Vorliegen eines wichtigen Grundes Anwendung. Solchen Vollmachten liegen regelmässig Dienst- oder Geschäftsbesorungsverhältnisse oder Aufträge zugrunde, die ihrerseits aus wichtigem Grund kündbar oder widerruflich sind. Bei Wegfall des Grundverhältnisses entfällt zugleich die Rechtfertigung für die Unwiderruflichkeitsklausel. Eine Vollmacht jedoch, die zu Erfüllungszwecken unwiderruflich erteilt und dadurch in ihrem Umfang festgelegt ist, kann nicht widerrufen werden, auch dann nicht, wenn ein wichtiger Grund in der Person des Bevollmächtigten vorliegen sollte."⁴²

Nach alledem läuft die Widerruflichkeit aus wichtigen Gründen auf nichts anderes hinaus, als dass die unwiderrufliche Bevollmächtigung k a u s a l ist.

Ist der Rechtsgrund nun ein Dauerschuldverhältnis, das aus wichtigem Grunde aufgelöst wurde, so fällt die unwiderrufliche Bevollmächtigung ob causam finitam dahin. Nicht anders ist es, wenn der Rechtsgrund in der Erfüllung einer einzelnen Forderung besteht, und diese Forderung nach der zum Zweck der Erfüllung erklärten Bevollmächtigung auf andere Weise erfüllt wird: Auch hier erlöschen die Folgen der unwiderruflichen Bevollmächtigung ob causam finitam.⁴³

42 Thiele § 168 N. 41.

43 Dies ist m.W. nirgends bestritten; vgl. auch einen so überzeugten Anhänger der Abstraktionstheorie wie Hupka S. 404 und insbesondere S. 407: "Ebenso steht auch das E r l ö - s c h e n der Unwiderruflichkeitsvereinbarung unter den ihre Causa beherrschenden Grundsätzen. Daher wird insbesondere eine schenkungshalber erteilte Vollmacht wegen groben Undanks widerrufen ... Das soeben Ausgeführte steht keineswegs in Widerspruch mit unserer Grundauffassung von der ./.

Für die Kausalität der unwiderruflichen Bevollmächtigung spricht - neben der unterschiedlichen Behandlung der Bevollmächtigung causa solvendi und causa donandi - auch der Wortlaut von BGB 168.⁴⁴ Wollte man die Bevollmächtigung abstrakt auffassen, so wäre kaum zu begründen, warum sie denn nach Erledigung des Grundverhältnisses dahinfallen solle. Auch eine abstrakte Verfügung wie die Zession oder die Tradition kann nicht nachträglich aus einem wichtigen Grunde widerrufen werden; es könnte allenfalls nur die Kondiktion in Betracht kommen.

Dementsprechend wird die Kausalität der unwiderruflichen Bevollmächtigung von der modernen Lehre und Praxis weithin anerkannt.⁴⁵

3.3.4.1.5. Umfang und verdrängende Wirkung der unwiderruflichen Bevollmächtigung

Die unwiderrufliche Bevollmächtigung ist grundsätzlich in demselben Umfange zulässig wie alle Verfügungen: Nur eine "Knebelung des Vollmachtgebers"⁴⁶ ist nicht erlaubt. Dies ist die Ansicht der nahezu einhelligen Lehre.⁴⁷

selbständigen Existenz des Vollmachtsverhältnisses." Ebenso auch von Tuhr (Festschrift) S. 59.

44 Zit. o. S. 190 bei N. 4.

45 Insbesondere Flume § 53 4; Soergel/Schultze-von Lasaulx § 168 N. 23; Vogt S. 47-51; von Tuhr (Festschrift) S. 51 N. 2; ebenso die Rechtsprechung: RGZ 62, 337; OGH (Britische Zone) in Monatsschrift für Deutsches Recht 1949, 81, zit. nach Flume a.a.O. N. 25; weitere Hinweise bei Vogt S. 98 N. 172. A.M. aber Enneccerus/Nipperdey § 186 IV 2b; Staudinger/Coing § 168 N. 12a; Oertmann § 168 N. 3c; weitere Hinweise bei Vogt S. 97 N. 159.

46 Rabel S. 798.

47 Thiele § 168 N. 39; Flume § 53 3 bei N. 18 f.: "Es ist denn auch allgemeine Meinung, dass eine Generalvollmacht nicht unwiderruflich erteilt werden kann ..."; Soergel/Schultze-von Lasaulx § 168 N. 26; Vogt S. 61-64; Enneccerus/Nipperdey § 186 IV 2b; Staudinger/Coing § 168 N. 12a; Oertmann § 168 N. 3c; Planck § 168 N. 2b; von Tuhr (Festschrift) S. 55.

"Als nichtig gilt die unwiderrufliche Vollmacht ... wenn ihre Erteilung eben als unzulässige Selbstbindung nach § 138 BGB erscheint."⁴⁸

Eine verdrängende Wirkung der unwiderruflichen Bevollmächtigung wurde sehr vehement und mit einlässlicher Begründung verfochten von Müller-Freienfels.⁴⁹

Trotz seiner m.E. überzeugenden Argumentation konnten sich Lehre und Praxis nicht entschliessen, der unwiderruflichen Bevollmächtigung verdrängende Wirkung beizumessen. Somit kann nach heutigem Rechtsstand der Prinzipal eine unwiderrufliche Bevollmächtigung in ihrer Wirkung illusorisch machen, indem er durch "inconsistent conduct", d.h. durch faktisches Handeln, ihre Ausübung verunmöglicht. Der unwiderruflich Bevollmächtigte kann seine Rechtsstellung weder gegenüber den Konkursgläubigern des Prinzipals noch auch nur gegenüber bösgläubigen Dritterwerbfern durchsetzen. Eine AG z.B., die einen ihrer Gläubiger zur Verfügung über gewisse Aktiven unwiderruflich bevollmächtigt hat, kann diese Vermögensstücke gültig an ihren beherrschenden Aktionär übertragen; und dieser kann nicht belangt werden, auch wenn er dieses ganze Spiel bewusst in fraudem creditoris getrieben hat!

Dieses Ergebnis, wenn auch unbefriedigend, ist geltendes Recht.⁵⁰ Interessant ist, dass schon Hupka um 1900 erste Schritte auf eine verdrängende Wirkung der unwiderruflichen Bevollmächtigung getan hat; so schrieb er z.B.:

"Typische Fälle stillschweigenden Vollmachtswiderrufs sind ferner: spätere Verfügungen des Prinzipals, deren Inhalt mit dem Fortbestand der Vollmacht unvereinbar ist, ..." Ist aber der "inconsistent conduct" wie hier einmal als Widerruf anerkannt, so liegt die Konsequenz nicht mehr fern, bei der unwiderruflichen Bevollmächtigung eine verdrängende Wirkung in dem Sinne

48 Rabel a.a.O.

49 Müller-Freienfels S. 124 ff.

50 Flume § 53 6 bei N. 37; Thiele § 168 N. 42; Soergel/Schultze-von Lasaulx § 168 N. 30; Vogt S. 81-85; von Tuhr (Festschrift) S. 59 ff.
Anders aber Staudinger/Coing § 168 N. 12b.

anzunehmen, dass ihr "Widerruf" auch durch faktisches Handeln nicht mehr möglich ist.

3.3.4.1.6. Zusammenfassung

Die Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion ist nach deutschem Recht grundsätzlich unwiderruflich, aber nicht verdrängend. Im Gegensatz zu anderen Verfügungen ist sie kausal, d.h. zur Unwiderruflichkeit ist eine genügende *causa* erforderlich. Dieses Erfordernis entspricht funktionell der angelsächsischen consideration, eine Parallele, die sich darin bestätigt, dass die *causa donandi* als Rechtsgrund nur bedingt genügt.

"Deutsches Recht und Common Law stehen sich also in Wirklichkeit äusserst nahe. Die Fälle der Unwiderruflichkeit hier und dort unabhängig ausgebildet, sind fast dieselben, eine glänzende Probe auf ihre Brauchbarkeit."⁵¹

Die unwiderrufliche Bevollmächtigung ist zudem auch ausserhalb des Gebietes der Rechtsgeschäfte bekannt. Sowohl Versicherungsvertrag wie Bürgschaft sind als normale Verträge unwiderruflich.⁵² Ebenso besteht auch hier, wie z.B. im italienischen Recht,⁵³ die Möglichkeit, die Wirkungen einer unwiderruflichen Bevollmächtigung mittels bedingter Rechtsgeschäfte zu erreichen.

⁵¹ Rabel S. 802.

⁵² Zum Versicherungsvertrag: Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 30.5.1908; zur Bürgschaft BGB 765 ff. Soweit der Bürge die Einrede der Vorausklage nach BGB 771 erheben kann, wird seine Rechtsstellung durch das Verhalten des Schuldners, der trotz Betreibung nicht zahlt, geändert. Somit enthält der einfache, nichtkaufmännische Bürgschaftsvertrag eine unwiderrufliche Bevollmächtigung.

⁵³ S.o. S. 175 f.

3.3.4.2. Kurzer Ueberblick über das Österreichische Recht

Obwohl das ABGB vom Bevollmächtigungsvertrag spricht, hat die österreichische Lehre die Theorie der abstrakten Bevollmächtigung übernommen.⁵⁴ Dabei wurde in neuerer Zeit weitgehend die Vertretungstheorie von Müller-Freienfels rezipiert.⁵⁵ Entsprechend ist das österreichische Recht auch von der deutschen Lehre zur unwiderruflichen Bevollmächtigung massgeblich beeinflusst worden.

ABGB 1020 statuiert zwar: "Es steht dem Machtgeber frei, die Vollmacht nach Belieben zu widerrufen ...". Die herrschende Lehre ist jedoch der Ansicht: "§ 1020 ist nicht zwingendes Recht."⁵⁶

So schreiben auch Koziol/Welser in der Auflage von 1979: "Es ist deshalb anzunehmen, dass die Unwiderruflichkeit nur gültig vereinbart werden kann, wenn dies durch ein besonderes Rechtsverhältnis ... gerechtfertigt ist."⁵⁷

Aus wichtigem Grund, wie z.B. wenn der Vertreter "die Vollmacht zweckwidrig verwendet", ist die Bevollmächtigung aber in jedem Fall widerruflich.⁵⁸

In beschränktem Mass ist eine verdrängende Wirkung anerkannt, und zwar mit folgender Konstruktion: Ein Dritter, der mit einem ungetreuen Schuldner zusammen in Kollusion die Erfüllung der Schuld vereitelt - z.B. indem er sich eine bereits versprochene Speziessache tradieren lässt - nimmt damit unter Umständen ein sittenwidriges Rechtsgeschäft vor.⁵⁹ Böser Glaube allein genügt allerdings nicht; "vielmehr ist vorausgesetzt, dass es ihm gerade darum zu tun ist, die Befriedigung des Gläubigers (insbesondere durch Kollusion mit dem Schuldner)

54 Koziol/Welser S. 141 f.; Klang/Stanzl § 1002 A III.

55 Klang/Stanzl § 1002 A IV mit Verweisung auf eine übereinstimmende Rechtsprechung in N. 38.

56 Klang/Stanzl § 1020, 1021 IV am Anfang.

57 Koziol/Welser S. 146 nach N. 23.

58 Koziol/Welser S. 147 bei N. 24 mit Verweisung auf den Obersten Gerichtshof, Juristische Blätter 1976, 100.

59 Klang/Gschnitzer § 879 II N.

zu vereiteln".⁶⁰

Wird nun diese Regel auf die Fälle angewandt, da der Prinzipal versprochen hat, sich konkurrierender Verfügungen zu enthalten,⁶¹ so erhält man insoweit eine verdrängende Wirkung der unwiderruflichen Bevollmächtigung.

3.3.4.3. Schweizerisches Recht

3.3.4.3.1. Gesetzestext

"Eine durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung kann vom Vollmachtgeber jederzeit beschränkt oder widerrufen werden, unbeschadet der Rechte, die sich aus einem unter den Beteiligten bestehenden anderen Rechtsverhältnis, wie Einzelarbeitsvertrag, Gesellschaftsvertrag, Auftrag, ergeben können.

Ein vom Vollmachtgeber zum voraus erklärter Verzicht auf dieses Recht ist ungültig."⁶²

Der Wortlaut des Schweizerischen OR steht also der unwiderruflichen Bevollmächtigung nicht eben freundlich gegenüber.

Fraglich ist allerdings, ob die Vertretung in Gestaltungsfunktion von OR 32 ff. überhaupt erfasst wird; denn wäre dies nicht der Fall, dann würde sich OR 34 nur auf die organisatorische Vertretung beziehen und die Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion gar nicht betreffen. Es läge somit eine echte Gesetzeslücke vor, die nach ZGB 1 zu füllen wäre.

3.3.4.3.2. Herrschende Lehre

Nach h.L. ist OR 34 wörtlich zu verstehen: "Daher ist die Vollmacht auch dann widerruflich, wenn sie im Interesse des Ver-

60 Klang/Gschnitzer § 859 C III 2a und a.a.O.

61 Klang/Stanzl § 1020, 1021 IV am Ende.

62 OR 34 I und II.

treters erteilt ist ..."⁶³

Eine andere Ansicht wird insbesondere von Oser/Schönenberger verfochten:⁶⁴

"Wenn also das Gesetz den Verzicht auf den Widerruf (...) ausschliesst, so geschieht es entsprechend dem Grundsatz des Art. 20. Wo diese Vorschrift nicht zutrifft, ist also auch, gemäss Ausnahmebestimmung von Art. 34, also des Gesetzgebers, nicht des Richters - der Verzicht auf den Widerruf zugelassen. Das ist da der Fall, wo dem Bevollmächtigten ausnahmsweise selbständige verfolgbare Rechte erwachsen (so weit man hier überhaupt von Vollmacht sprechen kann). Demgemäss ist der Widerruf ausdrücklich beschränkt im Ermächtigungsverhältnis zwischen Anweisendem und Anweisungsempfänger, falls die Bevollmächtigung im eigenen Interesse ('Zur Tilgung seiner Schuld oder sonst zum Vorteile des Empfängers') erfolgt war (Art. 470 Abs. 1)".

Nach dieser Ansicht ist die Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung also nur dann ausgeschlossen, wenn sie gegen die guten Sitten verstossen würde, d.h. bei organisatorischer Vertretung. Auf die Vertretung in Gestaltungsfunktion wären nicht OR 32 ff., sondern die Regeln der Anweisung anwendbar.

Diese Ansicht findet eine Stütze darin, dass nach der h.L. auch die absolute Widerruflichkeit des Mandats nach OR 404 das mandatum in rem suam nicht betrifft.⁶⁵

Nichtsdestoweniger ist die gegenteilige Meinung in Lehre und Praxis durchgedrungen. Das Bundesgericht geht sogar soweit, das bloss obligatorische Versprechen, den Widerruf nicht aus-

63 Von Tuhr/Peter § 42 IV 4 bei N. 72b; gl.M. Bucher, OR § 33 III 5b; Engel No. 81 A 1 S. 273; Gautschi Art. 396 N. 30a und N. 23a; Avni S. 48 f. und S. 51; Becker Art. 34 N 1; Hodler S. 80-86.

64 Art. 34 N. 8; zustimmend Rabel S. 802; von Büren S. 159 N. 38.

65 Von Tuhr/Peter § 42 N. 62; a.M. Gautschi Art. 396 N. 23a, Art. 404 N. 10d; Oser/Schönenberger Art. 394 N. 5 am Ende.

zuüben, für widerrechtlich zu erklären.⁶⁶

Dafür, dass OR 34 auf alle Funktionen der Vertretung anwendbar ist, sprechen insbesondere folgende Punkte:

- Die Interessenvertretung wird vom Gesetz nirgends als Begriffsmerkmal der Vertretung nach OR 32 ff. erwähnt.
- Nach nahezu einhelliger Lehre beschlägt die Vertretung in diesem Sinn auch die Vertretung in Schutzfunktion, d.h. im Interesse Dritter.⁶⁷

Für eine selbständige Erfassung der Vertretung in Schutzfunktion, wenigstens im Fall der gesetzlich fixierten handelsrechtlichen Vertretung - z.B. Prokura -, tritt jetzt mit guten Gründen Bucher ein.⁶⁸ Die Konsequenz seiner Ansicht wäre die Beschränkung der Vertretung im Sinne von OR 32 ff. auf die organisatorische Vertretung. Diese - m.E. logisch sauberste - Lösung würde dann auch eine Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion erlauben.

- Der Wortlaut des Gesetzes, wie er für jeden Laien verständlich ist, schliesst die unwiderrufliche Bevollmächtigung aus.

Eine vom Gesetzeswortlaut her naheliegende, von der herrschenden Lehre unterstützte und vom Bundesgericht übernommene Auslegung hat ein beträchtliches Gewicht. Dagegen anzugehen, ist nur sinnvoll, wenn in der Praxis ein nachweisliches Bedürfnis nach einer unwiderruflichen Bevollmächtigung besteht.⁶⁹

66 BGE 98 II 309 f.; gl.M. Erb S. 248 f.; Gautschi Art. 404 N. 10e; a.M. aber: Von Tuhr/Peter § 42 IV 4 bei N. 74 f.; Bucher, OR § 33 III 5b N. 32 und § 33 IV 3a. Vgl. auch ZR 18 (1919) No. 154 S. 298 f.

67 Vgl. statt vieler: Von Tuhr/Peter § 42 I nach N. 24 und Danuser S. 1-3.

68 Bucher, OR § 33 VI.

69 Vgl. Müller-Freienfels S. 121: "Aber dadurch, dass das Gesetz entgegen dem Willen der Parteien und der vollzogenen Wertbewegung die unwiderrufliche Vollmacht verbietet, wird die Rechtslage nicht vereinfacht, sondern nur einem berechtigten Bedürfnis die Erfüllung verweigert."

3.3.4.3.3. Notwendigkeit einer unwiderruflichen Bevollmächtigung?

Wenn man den soeben dargestellten Rechtszustand als geltend akzeptiert - ob man ihn begrüsst, ist eine andere Frage -, dann stellen sich folgende zwei Probleme:

- Welcher Ausweg bietet sich den Privaten, wenn sie eine unwiderrufliche Bevollmächtigung als das gegebene juristische Mittel betrachten, um einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg herbeizuführen?
- Welcher Ausweg bietet sich dem Richter, wenn sich nach Interessenlage und Parteiwillen eine Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung aufdrängt?

Vom Standpunkt der Parteien ist folgendes zu sagen:

Die Art. 32 ff. OR beziehen sich - nach h.L. - auf alle Funktionen der Vertretung. OR 34 schliesst somit als Generalklausel die unwiderrufliche Bevollmächtigung aus. Dies hindert indes nicht, dass Ausnahmen bestehen können.

Tatsächlich ist die unwiderrufliche Bevollmächtigung auch nach schweizerischem Recht in vielen Einzelfällen anerkannt.

Ein Beispiel ist die in blanko ausgefüllte Urkunde.⁷⁰

Wenn z.B. A den B unwiderruflich bevollmächtigen will, auf A's Namen Schulden einzugehen und die Valuta selbst zu behalten,⁷¹ so kann er die Offerte zu einem Darlehensvertrag schriftlich aufsetzen, den Namen des Darlehensgebers offen lassen und

70 Von Tuhr/Peter § 21 bei N. 29-32. Vgl. auch BGHZ 40 (1964) S. 65-71.

71 Funktion einer solchen Bevollmächtigung wäre einerseits, dass der Vertreter den Prinzipal gegenüber Dritten verpflichten kann, und anderseits, dass er die Gegenleistung behalten kann. Die Bevollmächtigung überträgt dem Vertreter zunächst die Kreditwürdigkeit des Prinzipals, dann auch dessen Recht auf die Gegenleistung. Beide Elemente sind notwendig; fehlt dem Prinzipal die Bonität, so kann der Vertreter keinen Kredit bekommen; kann der Vertreter die Gegenleistung nicht behalten, so nützt ihm der Kredit des Prinzipals nichts.

das unterzeichnete Schriftstück dem B übergeben.

Ebenso bei Verfügungen; eine Zessionsurkunde, die den Namen des Zessionars nicht nennt und dem B übergeben worden ist, hat den gleichen wirtschaftlichen Effekt, wie wenn B unwiderruflich zur Zession bevollmächtigt wäre.

Das Ausfüllen des Blanketts bewirkt die Aenderung der Rechtsstellung des A; B ist somit dessen Vertreter in eigenem Interesse.

Die Wirkung der unwiderruflichen Bevollmächtigung zu einer Verfügung kann auch durch Vornahme dieser Verfügung selbst an den Vertreter erreicht werden; so z.B. kann das *mandatum in rem suam* durch Zession ersetzt werden.

Soll der "Prinzipal" - d.h. der Verfügende - auf Zusehen des Vertreters hin noch berechtigt bleiben, so kann die Verfügung potestativ bedingt vorgenommen werden.⁷² In diesem Fall ist sogar auch eine verdrängende Wirkung der Bevollmächtigung anerkannt: Nach OR 152 III sind Verfügungen hinfällig, die die bedingte Verfügung in ihrer Wirkung beeinträchtigen.⁷³

Diese unmittelbare Vornahme der Verfügung wird auch bei von Tuhr/Peter vorgeschlagen,⁷⁴ und zwar für den Fall einer Bevollmächtigung zum Zwecke der Beteiligung:⁷⁵

"Ein Bedürfnis nach unwiderruflicher Vollmacht scheint mir zu bestehen, wenn jemand einem Geschäftsunternehmen Kredit einräumt, und zu seiner Sicherheit verabredet, dass die Verwaltung einem von ihm benannten Vertreter übergeben werde. Dieses Resultat kann nach dem OR nicht durch Bevollmächtigung erreicht werden, sondern nur dadurch, dass das Unternehmen in eine Gesellschaft verwandelt und dem Kreditgeber die Geschäftsführung eingeräumt wird."

72 OR 151 ff. in Verbindung mit ZGB 7; von Tuhr/Escher § 84 VI.

73 Von Tuhr/Escher § 85 N. 20 und bei N. 32 ff.

74 Von Tuhr/Peter § 42 N. 72.

75 Das zugrundeliegende Verhältnis ist zumindest gesellschaftsähnlich; vgl. o. S. 201 bei N. 36.

Die "Umwandlung" des Geschäfts in eine Gesellschaft bedeutet aber nichts anderes, als dass die neu zu gründende Gesellschaft Aktiven und Passiven des Unternehmens erwirbt. Ist der Gläubiger zugleich Geschäftsführer der Gesellschaft, so ist ihm damit das Recht auf Verwaltung der Aktiven und Passiven der kreditnehmenden Unternehmung übertragen. Dieses Recht auf Geschäftsführung entsteht als solches erst mit Errichtung der Gesellschaft.

Eine genaue Analyse des Sachverhalts ergibt dann folgendes: Das Recht, das dem Gläubiger erteilt werden soll, wird vorerst durch Gründung der Gesellschaft selbständig und übertragbar gemacht; anschliessend wird über das Recht verfügt.

Dieser Umweg muss gewählt werden, weil ein selbständig übertragbares Recht auf Geschäftsführung, nach unserem positiven Recht, nur bei Gesellschaften,⁷⁶ nicht aber bei Einzelpersonen besteht.

Zu diesem Beispiel ist übrigens zu bemerken, dass das Bedürfnis nach Unwiderruflichkeit nicht besonders gross ist. Die Drohung des Gläubigers, durch Rückforderung des Darlehens das Unternehmen in den Konkurs zu treiben, ist ein sehr wirkungsvolles Instrument zur Durchsetzung seines Willens und wird den Kreditnehmer sowieso vom unerwünschten Widerruf der Bevollmächtigung abhalten.

Die Bevollmächtigung des B, durch Delikte Rechtsfolgen im Vermögen des A hervorzurufen, ist als Haftpflichtversicherungsvertrag ohnehin unwiderruflich.⁷⁷

Dasselbe gilt von der Bevollmächtigung des Hauptschuldners, durch Nichterfüllung seiner Schuld die Zahlungspflicht des Bürgen auszulösen.⁷⁸

76 Vgl. z.B. OR 535 I, wo die vertragliche Uebertragbarkeit der Geschäftsführung statuiert wird.

77 BG über den Versicherungsvertrag vom 2.4.1908. Widerruflichkeit aus wichtigen Gründen: Vgl. insbesondere Art. 25 I mit Verweisungen.

78 OR 492 ff.

Nach alledem können die Privaten mindestens die wichtigsten Funktionen der unwiderruflichen Bevollmächtigung auch durch andere Institutionen wahrnehmen.

Die Phantasie des täglichen Lebens macht vom Standpunkt der Privaten aus die Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung zur Vertretung im Sinne von OR 32 ff. überflüssig.

Wie ist es nun mit dem Standpunkt des Richters? Bevor er zum Notbehelf von ZGB 2 II greifen muss, hat er noch einen sehr praktischen Ausweg: "Bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen."⁷⁹

Wenn also die Parteien schriftlich eine unwiderrufliche Bevollmächtigung vereinbart haben, so kann z.B. argumentiert werden:

Die Parteien reden von einem *mandatum in rem suam*; was sie aber offensichtlich gewollt haben, ist eine Zession. Die Schriftform ist gewahrt; folglich ist die Zession gültig.⁸⁰

Wie aber, wenn die Parteien eine unwiderrufliche Bevollmächtigung zum Eingehen von Verpflichtungen gewollt haben, wie im Beispiel oben bei N. 70?

Hier geht es um die Uebertragung einerseits der Bonität als eines immateriellen Rechts und anderseits eines zukünftigen materiellen Vermögensrechts.⁸¹

Die Uebertragung der Kreditwürdigkeit als solcher ist - ausserhalb des Vertretungsrechts - nur mit Hilfe der Bürgschaft oder des Garantievertrages möglich.

Diese beiden Möglichkeiten setzen voraus, dass der Garant bzw. Bürge mit dem Gläubiger in Kontakt tritt,⁸² und fallen daher

79 OR 18 I.

80 In diesem Sinne Bucher, OR § 33 III 5b.

81 S.o. S. 211 f.

82 OR 111 und 492 I.

ausser Betracht.

Die Uebertragung der Kreditwürdigkeit kann daher nicht durch Umdeutung des Geschäfts im Sinne des Favor negotii erreicht werden.

Es bleibt somit nur die Funktion, dem Vertreter das Behalten der Vorteile des Geschäfts mit dem Dritten zu ermöglichen, die Nachteile aber dem Prinzipal aufzubürden. Da das Geschäft auf den Kredit des Vertreters geschlossen werden muss, kann der gewünschte Effekt nur mit einem Befreiungsversprechen nach OR 175 erreicht werden. Da mindestens dies als minus im maius des geäusserten Parteiwillens enthalten ist, kann eine entsprechende unwiderrufliche Bevollmächtigung nach OR 18 als Befreiungsversprechen aufgefasst werden.

3.3.4.3.4. Zusammenfassung

Derartige Fälle, in welchen die Parteien ausdrücklich Unwiderruflichkeit vereinbart haben, werden ohnehin sehr selten sein - nicht zuletzt dank der ausdrücklichen Vorschrift von OR 34 II. Es ist kein Zufall, dass sich das Bundesgericht seit Inkrafttreten des revidierten OR noch nie mit einem solchen Fall zu befassen hatte.

Kommen sie doch vor, so ist nicht zuletzt auch zu prüfen, ob nicht international-privatrechtlich ein objektiver Bezug auf eine ausländische Rechtsordnung bestehe, oder ob nicht sogar die stipulierte Unwiderruflichkeit als Rechtswahl interpretiert werden könne.

Nach alledem lässt sich zusammenfassend festhalten, dass in der Praxis der augenblickliche Rechtsstand zu keinerlei grösseren Schwierigkeiten geführt hat. Solange aber der tägliche Rechtsverkehr glatt funktioniert, die Wirtschaft nicht gehemmt wird und der Richter nicht gezwungen ist, unrechtes Recht zu sprechen, besteht kein Bedürfnis nach einer Aenderung der eingelebten herrschenden Lehre.

Allerdings ist für eine weitherzige Anwendung von OR 18 im Sinne des favor negotii zu plädieren.

Würde aber eines Tages das Bedürfnis nach einer unwiderruflichen Bevollmächtigung entstehen, so bestünde de lege lata kein Hindernis für die Rechtsprechung, ihre Praxis zu ändern.

Dass die Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung in Verfügungsfunktion dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen widerstreite, kann im Ernst nicht behauptet werden; wer sich eines Rechts entäussern kann, wird als minus doch auch eine unwiderrufliche Bevollmächtigung erteilen können, über dieses Recht zu verfügen! Auch einer Ausgestaltung als verdrängender Vertretung steht nichts im Wege; das schweizerische Recht verbietet den rechtsgeschäftlichen Verzicht auf die Verfügungsmacht nicht.⁸³ Ein solcher Verzicht ist positivrechtlich sogar ausdrücklich anerkannt in OR 152 III: Wer bedingt verfügt hat, bleibt vorläufig berechtigt, verliert aber die Verfügungsmacht über das betreffende Recht.

Um ein dahingehendes Bedürfnis der Praxis zu befriedigen, braucht es keinerlei Aenderungen de lege ferenda; eine Interpretation des geltenden Rechts im Sinne des Zürcher Kommentars⁸⁴ würde genügen, und wäre nur allenfalls um eine Regelung der verdrängenden Wirkung der Bevollmächtigung zu ergänzen.

Solange dieses Bedürfnis aber nicht besteht, lässt sich auch ein Verbleiben bei der bisherigen Auffassung rechtfertigen.

83 BGB 137 ist durchaus nicht Ausdruck eines allgemeingültigen Prinzips, s.o. S. 93-95.

84 S.o. S. 209.

Curriculum Vitae

Ich wurde am 22. April 1956 in meiner Heimatstadt Winterthur geboren. Von 1962 bis 1968 besuchte ich die Primarschule in Ossingen, ab 1968 das Gymnasium Winterthur, das ich im Herbst 1974 mit der Matura Typ B verliess. Anschliessend studierte ich die Rechtswissenschaften an der Universität Zürich und schloss im Dezember 1978 mit dem Lizentiat ab.

Nach Abverdienen des Leutnantsgrades begann ich im Sommer 1979 mit meiner Dissertation bei Herrn Prof. Dr. H. Peter.

Winterthur, den 24. April 1980

Thomas Reinhart

